Heft 50 [3425] 65. Jahrgang 12. Dezember 1936

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwalt **Dr. Droege,**
unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte **Dr. Hanns Fritzsche,** Leipzig; **Dr. Ferdinand Mößmer,** München; Prof. **Dr. Erwin Noack,** Halle a. S.; **Dr. Rudat,** Königsberg (Pr.); **Wilhelm Scholz,** Berlin; **Dr. Artur Schüßler,** Weinheim (Bad.); **Dr. Arthur Schulze-Smidt,** Bremen; Patentanwalt **Dr. Arthur Ullrich,** Berlin, und Rechtsanwalt **Dr. Gustav Vogel,** Hagen (Westf.)

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung,** Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Straftaten in Volltrunkenheit

Von Senatspräsident Dr. Schlosky, Breslau

Über die Bedeutung des § 330 a StGB. besteht Streit. Mehrere Entscheidungen des RG., die über diese Bestimmung ergangen sind, widersprechen sich; auch im Schrifttum ist keine Einigkeit vorhanden, so daß Mezger (MSchrKrimPsych. 27, 413) mit Recht von einer reichlich verworrenen Rechtslage sprechen kann. Möchten diese Zeilen zu ihrer Aufklärung beitragen!

1. Der Tatbestand des § 330 a.

Zur Anwendung des § 330 a ist zunächst erforderlich, daß sich der Angeklagte vorsätzlich oder fahrlässig durch den Genuß geistiger Getränke oder durch andere berauschende Mittel in einen die Zurechnungsfähigkeit (§ 51 Abs. 1) ausschließenden Rausch versetzt hat. In den allermeisten Fällen handelt es sich um Genuß von Alkohol; deshalb will ich auf andere berauschende Mittel: Morphium, Opium, Kokain usw. hier nicht eingehen. Es wird gewiß, wenn auch nur sehr selten, einmal vorkommen, daß sich jemand vorsätzlich derart betrinkt, daß er in einen die Zurechnungsfähigkeit — der Entwurf II spricht von Schuldfähigkeit — ausschließenden Rausch gelangt. Denn wie das RG. in RGSt. 70, 85 = JW. 1936, 1131 [8] richtig ausführt, „hat sich das Verschulden nicht nur auf die Herbeiführung eines Rausches zu erstrecken, sondern auf die Herbeiführung eines solchen Rausches, der die Zurechnungsfähigkeit ausschließt". — In der Entscheidung des RG.: DStr. III, 52 = JW. 1936, 935 ist eine solche Feststellung getroffen: „Sie haben diesen Zustand durch fortgesetzten und langandauernden Genuß von Bier und Schnaps bewußt und gewollt herbeigeführt." — Häufiger wird es schon sein, daß der Angeklagte diesen Zustand mit dolus eventualis verursacht hat; in den allermeisten Fällen wird aber Fahrlässigkeit gegeben sein. Der Trinker unterschätzt die Menge des von ihm genossenen Getränkes oder seinen Alkoholgehalt oder er überschätzt seine eigene Widerstandsfähigkeit. Es ist auch zu bedenken, daß viele Menschen an dem einen Tage viel mehr vertragen können als an einem anderen, und daß Angetrunkene sich meistenteils im Unklaren über ihren Zustand befinden; manchmal hält ein schwer Betrunkener sich für den einzig Nüchternen in der ganzen Gesellschaft.

Es ist aber auch möglich, daß jemand ohne sein Verschulden in einen solchen Rausch gerät. Denken wir, daß sich einer den schlechten Scherz erlaubt, einem anderen Schnaps ins Bier zu gießen, das jener dann arglos austrinkt. Daß man ohne sein Verschulden in einen solchen Rausch geraten kann, wird auch im § 25 Abs. 3 des Entwurfs II und in § 827 BGB. anerkannt.

Der Alkoholrausch muß, um § 330 a anwenden zu können, die alleinige Ursache des erwähnten Zustandes gewesen sein (vgl. RGSt. 70, 85 = JW. 1936, 1131 [8]). „Wenn die Möglichkeit besteht, daß erst der Blutkoller die volle Zurechnungsunfähigkeit herbeigeführt hat, so ist Freisprechung geboten." —

2. Der Zustand, in den der Angeklagte durch den Genuß des Alkohols versetzt worden ist, muß die Zurechnungsfähigkeit (Schuldfähigkeit) ausschließen. Der Angeklagte muß also infolge seines Rausches und einer hierdurch hervorgerufenen Bewußtseinsstörung zur Zeit der Tat unfähig gewesen sein, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Im Entwurf II. Lesung § 22 heißt es: „das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln".

Vorab sei bemerkt, daß es sich stets um einen vorübergehenden, nicht etwa einen dauernden Zustand handeln muß (so auch Gerland: ZStW. 55, 788; vgl. auch § 827 BGB.).

Um darzutun, wie dieser Zustand beschaffen ist, muß ich auf die Vorgänge bei der Willensbildung kurz eingehen. Wir apperzipieren — nehmen wahr — mittels unserer Sinnesorgane aus der Außenwelt. Das Bild, das auf der Netzhaut unserer Augen erscheint, der Schall, der an das Trommelfell unserer Ohren dringt, wird auf den Nervenleitungsbahnen zum Gehirn getragen, wo uns das Gesehene, das Gehörte usw. zu Bewußtsein kommt. Der Inhalt unseres Bewußtseins unterliegt einem steten Wechsel, jedoch ist es uns möglich, frühere Vorstellungen mittels der Erinnerung zu reproduzieren. Diese Vorstellungen können von Gefühlen begleitet sein, die ihrer Art — Lust- und Unlustgefühle — und ihrem Grade nach sehr verschieden sein können. Wie Wulffen (Psychologie des Verbrechers I, 40) meint, sind unsere Vorstellungen immer von Gefühlen begleitet, die in ihrer Gesamtheit die Zustände des Gemütes bilden. Jedes starke Gefühl kann in einen Affekt übergehen. Gefühle und Affekte können eine weitere Seelentätigkeit anregen: das Wollen, das Wulffen S. 47 „die Apperzeption einer Bewegungsvorstellung" nennt. Es kommt dem Menschen der Gedanke, eine Handlung vorzunehmen, um eine innere Unlust zu beseitigen oder ein Lustgefühl zu erhalten, zu erneuern oder zu vergrößern.

Die Vorstellung der Bewegung kann sofort in die körper-

liche Tätigkeit selbst übergeführt werden. Dann reden wir von einer Triebhandlung, die nur auf einem Willensmotiv beruht. Es ist aber auch möglich, daß der Vorstellung, eine bestimmte Handlung vornehmen zu wollen, andere Motive entgegentreten, die den Menschen davon abhalten. Dann kommt es zu einem Kampf der Motive, bei dem das im Augenblick stärkere Sieger bleibt. Das siegreiche Durchdringen des einen Motives nennen wir den Willensentschluß.

Wenn die Handlung, die jemand vornehmen will, die Tatbestandsmerkmale eines Strafgesetzes aufweist, so hat er einen verbrecherischen Willen.

Sieht er ein, daß er etwas Unrechtes[1]) tun will, so hat er die Pflicht, seinen bösen Willen zu bekämpfen, einen Kampf der Motive zu entfachen und Hemmungsvorstellungen aufzubringen, die er aus den Lehren der Moral, der Religion, auch des völkischen Gemeinschaftslebens schöpfen kann. Auch Nützlichkeitserwägungen, Angst vor Entdeckung und Strafe können hinzutreten. Wenn sich der Willensentschluß in dieser Weise gebildet hat, reden wir von einem normalen Willen.

Bei einem Betrunkenen kann nun der Ablauf dieser Seelenvorgänge ein ganz anderes Bild zeigen. Zunächst kann die Apperzeptionstätigkeit herabgesetzt oder ganz aufgehoben sein, so daß eine Bewußtseinsstörung und schließlich Bewußtlosigkeit eintritt. Das RG. erwähnt in JW. 1936, 514 folgenden Fall als Beispiel: Ein Volltrunkener hat einen Menschen mit einem gefährlichen Werkzeug mißhandelt, aber infolge seines Zustandes nicht erkannt, daß er einen Menschen vor sich oder ein gefährliches Werkzeug in der Hand hatte. Hier muß eine so starke Störung des Bewußtseins vorgelegen haben, daß sie der Bewußtlosigkeit nahe kam und jedenfalls unter der Herrschaft des alten § 51 StGB. zur Freisprechung geführt hätte. Der Angeklagte kann nicht in normaler Weise aus der Umgebungswelt apperzipiert haben, sondern aus den Delirien seines Rauschzustandes, wenn er das, worauf er losschlug, gar nicht für einen Menschen gehalten hat.

Ebenso wird es vorkommen, daß der Betrunkene Nebensächliches nicht wahrnimmt, daß er nicht recht weiß, wo er sich befindet und wer zugegen ist, und daß es ihm daher nicht zu Bewußtsein kommt, daß er eine unzüchtige Handlung öffentlich vornimmt (RGSt. 70, 159 = JW. 1936, 1781 [18]).

Wie Gerland (ZStW. 55, 789 und 801) ausführt, „werden gewisse Vorstellungen ausgeschaltet, Bewußtseinsstörungen treten ein, auch können Vorstellungen eingeschaltet werden. — Auch im Vollrausch braucht das Vorstellungsleben des Berauschten nicht einfach auszulöschen."

Die Irrtümer, in denen sich der Berauschte durch mangelhafte Apperzeption befindet, müssen aber, um seine Schuldfähigkeit auszuschließen und den § 330a anwenden zu können, gerade auf dem Rauschzustande beruhen und nicht etwa auf anderen Umständen: etwa auf einer Verwechslung, die jedem Nüchternen vorkommen kann, auf mangelhafte Wahrnehmung durch Kurzsichtigkeit, Dunkelheit usw. RA. Nebel (JW. 1935, 2373 Anm.) sagt: In den Fällen ..., daß ein Volltrunkener sich in einem beachtlichen Irrtume befindet, ohne daß diese Gründe in seiner Volltrunkenheit liegen, kann auch trotz Vorliegens des äußeren Tatbestandes einer mit Strafe bedrohten Handlung und schuldhaft herbeigeführtem Rauschzustand eine Bestrafung aus § 330a nicht erfolgen." — Gerland a. a. O. S. 804: „Ein Irrtum, der den Vorsatz ausschließt, muß auch den Volltrunkenen zugute kommen" (ähnlich Graf: DRZ. 1934, 236).

Vielfach werden aber auch die Gefühle, die infolge des Auftauchens einer Vorstellung bei einem Betrunkenen entstehen, andere sein als bei einem Nüchternen. Was jemanden im normalen Zustande kalt läßt, das bringt ihn vielleicht im Rausch in heftige Erregung; oft sind Affekte vorhanden, die meist einen guten Nährboden für Verbrechen bilden. Wie wir von „sinnloser" Trunkenheit sprechen, so reden wir auch von einer „sinnlosen" Wut, in die ein Mensch, der einen „bösen Rausch" hat, leicht verfällt.

Es ist ohne weiteres klar, daß derartige Gefühlszustände bei einem Berauschten auch andere Willenshandlungen hervorrufen, als bei einem nüchternen Menschen. Der Betrunkene greift bei einer Beleidigung vielleicht gleich zum Messer und hätte im nüchternen Zustand hierfür nur eine kühle Zurückweisung gehabt.

Man sieht also, daß auch beim stark Betrunkenen die Willensvorgänge vorhanden sind oder wenigstens vorhanden sein können. — Schuldunfähig ist nun der Mensch, wenn er infolge eines solchen Rauschzustandes zur Zeit der Tat unfähig war: entweder das Unrecht der Tat einzusehen oder aber nach dieser Einsicht zu handeln. Wer infolge einer durch Betrunkenheit verursachten Apperzeptionsstörung die Umgebungswelt nicht klar wahrnimmt, der wird sehr leicht nicht fähig sein, das Unrecht seiner Tat einzusehen. Bleiben wir bei den vorerwähnten Beispielen. Wer gar nicht weiß, daß er auf einen Menschen einschlägt, der kann auch nicht wissen, daß er Unrecht tut. Und wer nicht erkennt, daß er eine unzüchtige Handlung öffentlich vornimmt, der kann auch nicht einsehen, daß er gegen § 183 StGB. verstößt. Auch sonst können Bewußtseinsstörungen die Verstandestätigkeit lähmen und den Betrunkenen verhindern, einzusehen, daß er sich mit der völkischen Rechtsordnung in Widerspruch setzt.

Nicht schuldfähig ist aber der Täter auch dann, wenn er zwar fähig war, das Unrecht der Tat einzusehen, aber infolge seiner Trunkenheit nicht fähig war, nach dieser Einsicht zu handeln, oder deutlicher: seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen. Es liegt also ein Willensmangel vor. Hat jemand infolge seiner Betrunkenheit nicht mehr die Fähigkeit, seinem bösen Willen Hemmungsvorstellungen entgegenzusetzen, so ist er nicht schuldfähig (vgl. RGSt. 57, 76). — Bei Auftreten von sehr starken Affekten sind Hemmungsvorstellungen nur schwer aufzubringen.

3. Die mit Strafe bedrohte Handlung.

Wie allgemein anerkannt wird[2]), ist die Begehung der strafbaren Handlung nicht Tatbestandsmerkmal unseres Gesetzes, sondern nur Bedingung der Strafbarkeit, der Vorsatz des Täters braucht sich nicht auf sie zu erstrecken. Dies geht schon aus der Ausdrucksweise des Gesetzes hervor: Wer sich ... versetzt, wird ... bestraft, wenn er in diesem Zustand eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht.

Wenn das Gesetz von der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung spricht, so ist allerdings zunächst davon auszugehen, daß eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung vorliegen muß. Denn wenn eine Handlung nicht diese drei Eigenschaften aufweist, so nennen wir sie eben nicht ein Verbrechen.

Den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes muß die Handlung erfüllen; es genügt aber auch ein durch Rechtsanalogie erweiterter Tatbestand (so auch Gerland a. a. O. S. 799). Weiter muß die Handlung auch rechtswidrig sein. Denn wenn dem Volltrunkenen ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, kann von einer Bestrafung aus § 330a StGB. keine Rede sein. Denken wir, daß zwei Leute sich zusammen betrunken haben; der eine von ihnen fühlt sich durch einen Wortwechsel gekränkt und sticht mit dem Messer zu. Wenn sich dann der andere wehrt und mit dem Bierglase schlägt, so kann er nicht bestraft werden. Notwehr ist nicht nur dem Nüchternen, sondern auch dem Volltrunkenen gestattet (so auch Gerland S. 805).

Muß aber die Handlung auch schuldhaft sein? Die Voraussetzung für die Schuld ist die Schuldfähigkeit. Schuldig ist der Täter dann, wenn er den Tatbestand eines Strafgesetzes vorsätzlich verwirklicht hat. (Von der Fahrlässigkeit will ich hier einmal absehen.) Sollte es nun möglich sein, daß ein Volltrunkener, also Schuldunfähiger, schuldhaft handelt? Über diese Frage gehen die Meinungen sehr auseinander. Der 3. Senat des RG. sagt in RGSt. 69, 187 = JW. 1935, 2373 [29] m. Anm.: „Der innere Tatbestand der mit Strafe bedrohten Handlung, also der versuchten Notzucht, braucht nicht festgestellt zu werden; die Schuld des Angeklagten braucht sich auf den Not-

[1]) Ich gebrauche die Ausdrucksweise des Entwurfes.

[2]) RGSt. 69, 187 = JW. 1935, 2373 [29] m. Anm.; Mezger a. a. O. S. 412; Nebel: JW. 1935, 2373; Schafheutle: JW. 1933, 2799; Graf: DRZ. 1934, 235; Gerland a. a. O. S. 797.

zuchtsversuch nicht zu beziehen". Ebenso der 6. Sen. in RGSt. 70, 42 = JW. 1936, 1129[7] m. Anm.: „Das Verschulden erstreckt sich nicht auf die im Rausch begangene strafbare Handlung." Ich halte diese Ansicht, die auch Schafheutle (JW. 1933, 2799; ebenso Hodes: JW. 1936, 514 Anm.) vertritt, für richtig und will auch auf die Begründung der Entwürfe von 1927 und 1925 hinweisen. Auf S. 190 der ersteren heißt es: „Eine Unterscheidung nach der Richtung, ob der Täter in dem Rauschzustand ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Übertretung begeht, sieht der Entwurf nicht vor. Einer solchen Unterscheidung im Gesetz steht entgegen, daß vielfach die Frage, ob eine Tat Verbrechen oder Vergehen ist, von subjektiven Momenten abhängt, die bei dem sinnlos Berauschten ausscheiden." In der Begründung des Entwurfs von 1925 heißt es auf S. 175 noch weiter: „Insbesondere ist für die Feststellung kein Raum, daß ein sinnlos Berauschter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe."

Entgegengesetzt sagt der 4. Sen. in JW. 1936, 514: „Auch die innere Tatseite der mit Strafe bedrohten Handlung muß geprüft werden." — In der Entscheidung des 6. Sen., RGSt. 70, 159 = JW. 1936, 1781[18], hatte der Angeklagte im Vollrausch in einer Gastwirtschaft vor jungen Leuten unzüchtige Reden geführt und einigen von ihnen an die Geschlechtsteile gefaßt. Das RG. führt aus, der Angeklagte brauche das Bewußtsein, daß er die unzüchtige Handlung öffentlich vornehme, nicht gehabt zu haben, und ebenso sei auch nicht erforderlich, daß er sich der Ärgerniserregung bewußt wird. Denn diese Umstände gehören zwar zum gesetzlichen Tatbestand des § 183 StGB., liegen aber außerhalb der Willensbetätigung, die sie nur begleiten. Die weitere Frage, ob der Volltrunkene gewußt haben muß, daß er eine unzüchtige Handlung vornimmt, hat der Senat nicht entschieden, da sich dies im vorliegenden Falle ohne weiteres aus dem Inhalt und der Form der von ihm geführten Reden ergibt. Meiner Ansicht nach kann man diese drei Merkmale: Bewußtsein 1. der Unzüchtigkeit, 2. der Öffentlichkeit und 3. der Ärgerniserregung nicht verschieden behandeln. Die beiden letzten sind keine Bedingungen der Strafbarkeit aus § 183, sondern Tatbestandsmerkmale dieses Gesetzes. Wie RGSt. 51, 167 ausführt, gehört zum inneren Tatbestande des § 183 das Bewußtsein des Täters, daß er eine unzüchtige Handlung öffentlich vornehme und dadurch Ärgernis gebe. Eine Unterscheidung dahin, daß die beiden letzten Momente die Willensbetätigung nur begleiten, ist willkürlich. Handelt es sich um Tatbestandsmerkmale, dann muß der Vorsatz entweder alle umfassen oder er braucht gar keinen zu enthalten.

In der Entscheidung des 4. Sen.: JW. 1936, 1911 wird gesagt: „Dabei kann es sich nicht etwa darum handeln, Vorsatz oder Fahrlässigkeit im eigentlichen Sinne festzustellen; denn Voraussetzung des Vorliegens einer dieser Schuldformen wäre, daß der Täter zurechnungsfähig wäre. Wohl aber muß in solchen Fällen die Beschaffenheit des Bewußtseinsinhaltes und der Willensrichtung des Zurechnungsunfähigen festgestellt werden." Die Unterscheidung von eigentlichem und uneigentlichem Vorsatz findet im Gesetz keine Stütze. Und wenn die Beschaffenheit des Bewußtseinsinhaltes und der Willensrichtung des Volltrunkenen festgestellt werden muß, so läuft doch dies darauf hinaus, seinen Vorsatz zu ermitteln.

Eine ähnliche Ausdrucksweise gebraucht Gerland, der von einem natürlichen Willen und einem natürlichen Vorsatz redet. S. 802: „Ein Zurechnungsunfähiger kann keine Handlung im Rechtssinne begehen, weil er zu einer Willensbestimmung von rechtlicher Relevanz nicht fähig ist. Unter einer Handlung i. S. des § 330 a kann nur eine Handlung mit natürlichen Willen verstanden werden." S. 803: „Das Gericht muß auch die innere Tatseite feststellen: ob sie mit natürlichem Vorsatz begangen ist oder mit natürlicher Fahrlässigkeit." Ähnlich redet Graf (DRZ. 34, 236) von „den willensähnlichen Erscheinungsformen der Tat des Berauschten".

Der 6. Sen. des RG. findet in JW. 1936, 935 folgende Formel[3]): „Es ist zu untersuchen, ob und welchen strafrechtlichen Tatbestand der Berauschte wirklich herbeigeführt hat, wobei nur seine Zurechnungsfähigkeit außer Betracht bleibt. War der Wille des Berauschten auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, dann ist auch dieser Wille bei der Ermittlung des Tatbestandes neben dem äußeren Geschehnis in Rechnung zu ziehen. Dem steht nicht entgegen, daß der Wille eines Zurechnungsunfähigen strafrechtlich ohne Bedeutung ist." — RA. Nebel (JW. 1935, 2373; vgl. auch Gerland a. a. O. S. 805) sagt: „Der Begriff der mit Strafe bedrohten Handlung läßt sich nicht positiv umschreiben als die bloße Setzung des äußeren Tatbestandes; er kann nur negativ dahin verstanden werden, daß die mit Strafe bedrohte Handlung ihrem völligen äußeren Tatbestand nach vorliegen muß, und eine Bestrafung des Täters nur auf Grund des § 51 StGB. ausgeschlossen ist. Auch die Feststellung des inneren Tatbestandes ist mit dieser Einschränkung erforderlich."

Wir sehen also, man dreht sich im Kreise: Die Schuld braucht zwar die innere Tatseite nicht zu umfassen, aber doch muß die innere Tatseite festgestellt werden. Vorsatz im eigentlichen Sinne läßt sich nicht feststellen; es genügt ein natürlicher Vorsatz oder willensähnliche Erscheinungsformen der Tat. — Mit solchen Begriffen können wir im Gerichtssaale nicht arbeiten.

Wer der herrschenden Lehre Recht gibt, der kann in folgenden Fällen nicht zur Verurteilung kommen:

1. Jemand hat einen anderen Menschen mit einem Messer totgestochen und hat dabei in seiner Volltrunkenheit nicht gemerkt, daß er einen Menschen vor sich hat und ein Messer in der Hand. Wer den Angeklagten freisprechen will, der wird meiner Ansicht nach dem Sinne und Geiste unseres Gesetzes nicht gerecht, das ja gerade den bestrafen will, der sich so betrinkt, daß er dann in seiner Betrunkenheit schuldlos Unheil anrichtet. Der Täter soll ja auch nicht wegen Totschlags, sondern wegen seiner Betrunkenheit verurteilt werden. Wir müssen uns doch überlegen, daß die Strafgesetze nicht zum Schutze eines Betrunkenen gegeben sind, sondern zum Schutze der Volksgenossen vor ihm.

2. Ein anderer geht sinnlos betrunken aus dem Gasthause torkelnd nach Haus, indem er sich an den Häusern entlang tastet; dabei reißt er einen Kinderwagen um, das Kind wird herausgeschleudert und ist tot. In diesem Falle liegt doch unzweifelhaft eine so hochgradige Bewußtseinsstörung vor, daß von einer Willensbildung keine Rede sein kann. Ich glaube, es wird die deutschen Mütter nicht befriedigen, wenn der Trunkenbold freigesprochen wird.

3. Ein Angeklagter hat in Volltrunkenheit eine Frauensperson genotzüchtigt. Daß er objektiv Gewalt angewendet hat, steht durch die Aussage der Zeugin fest. Der Angeklagte, der eine gewisse dunkle Erinnerung an die Tat hat, behauptet aber, keinen Widerstand gefunden zu haben. Die innere Tatseite läßt sich nicht feststellen. Gerade dieser Punkt ist aber doch das Wesentlichste bei der Notzucht, keinesfalls „ein Begleitumstand". Wer den Mut hat, den Angeklagten freizusprechen, der mag der herrschenden Lehre folgen. Es soll sich eben niemand so sehr betrinken, daß er nicht mehr unterscheiden kann, ob das Mädchen will oder nicht.

4. Ich würde auch den aus § 330 a StGB. verurteilen, der sich in einem feinen Lokale in Volltrunkenheit ein paar silberne Löffel einsteckt und mitnimmt, auch den

5. der unzüchtige Handlungen mit Kindern vornimmt, deren Alter er bei seinem Zustande nicht schätzen kann, und schließlich

6. auch den, der vollbetrunken in eine Schaufensterscheibe hineinfällt.

Gewiß können wir in vielen Fällen des § 330 a den inneren Tatbestand ermitteln und entweder den Vorsatz des Volltrunkenen oder doch wenigstens seine Willensrichtung feststellen. Denn wenn sich auch der Wille unter dem Einfluß des Alkohols anormal gebildet hat, so läßt sich doch manchmal der Verlauf der Willensvorgänge ermitteln. Wie ich oben ausgeführt habe, ist ja das Vorstellungsleben des Volltrunkenen keineswegs immer ganz ausgeschaltet; auch Gefühle und Affekte können wir bei ihm feststellen und Willenshandlungen, die auf ihnen beruhen. Aber all dies ist nicht notwendig der Fall und gehört nicht zu einer Bestrafung aus § 330 a StGB. Die gegenteilige

[3]) Vgl. auch RG.: JW. 1936, 3003.

Ansicht würde wieder zu einem Freibrief für denjenigen Menschen führen, der sich am stärksten betrunken hat.

Im folgenden will ich noch auf einige verfahrensrechtliche Fragen kurz eingehen. Die Straftat des § 330 a StGB. bleibt stets ein Vergehen, auch wenn die Tat, welche der Volltrunkene begangen hat, sich als eine Übertretung darstellt (so auch RGSt. 70, 42; Gerland a. a. O. S. 809; Niederreuter: DStR. III, 241; a. M.: Schäfer: JW. 1936, 1129 mit weiteren Zitaten). Im Urteilstenor wird nur der § 330 a StGB. erwähnt (RG.: DRZ. 1935, 371). — Es ist wahlweise Feststellung zwischen dieser Bestimmung und der begangenen Tat möglich (RGSt. 70, 42 = JW. 1936, 1129 [7] m. Anm.). — Meiner Ansicht nach muß man auch wahlweise feststellen können, ob der Angeklagte im Vollrausch die eine oder die andere strafbare Handlung begangen hat. Hat jemand im Vollrausch mehrere Straftaten begangen, also zunächst den einen beleidigt und dann einen anderen mißhandelt, so liegt nur ein Vergehen vor. Der Rausch und die in ihm begangene strafbare Handlung bilden dasselbe historische Vorkommnis im Sinne des § 264 StPO., so daß man den Angeklagten bei einer Anklage aus § 330 a StGB. auch anstatt aus dieser Bestimmung wegen der von ihm — nicht im Vollrausch begangenen strafbaren Handlung — nach Hinweis (§ 265 StPO.) — verurteilen kann und umgekehrt. Deshalb würde Verbrauch der Strafklage anzunehmen sein, wenn das Gericht den Angeklagten von einer Anklage aus § 330 a StGB. freispricht, weil er nicht volltrunken war, und auf die von ihm begangene Straftat nicht eingeht. — Fortlage (DJZ. 1935, 480) nimmt zwei verschiedene historische Vorkommnisse an. Es wäre unpraktisch, wenn die Rechtsprechung sich ihm anschlösse. Denn dann müßte man den Angeklagten von der Anklage aus § 330 a StGB. freisprechen und eine neue Anklage wegen der von ihm begangenen Straftat erheben. — Stellt sich bei einer Privatklage in der Hauptverhandlung heraus, daß der Angeklagte eine Beleidigung im Vollrausch begangen hat, so muß das Verfahren nach § 389 StPO. durch Urteil eingestellt werden. Auch kann die Staatsanwaltschaft die Verfolgung gemäß § 377 StPO. übernehmen. Bei einer Anklage aus § 330 a StGB. ist Nebenklage zulässig, wenn die Möglichkeit besteht, daß der Angeklagte nicht aus dieser Bestimmung, sondern wegen einer Straftat verurteilt wird, derentwegen Nebenklage gegeben ist.

Untreuebestimmung und konkrete Treuverhältnisse

A.

Von Assessor Dr. Kempermann, Köln

Der neue § 266 StGB. stellt es in seiner Fassung wesentlich ab auf den Gedanken des Treubruchs. Und im kommenden Strafrecht erfährt dieser Gedanke eine noch klarere und eindeutigere Ausgestaltung dadurch, daß der Mißbrauchstatbestand und der sogenannte „zivilrechtlich gebundene" Treubruchstatbestand ganz verschwinden werden und der Gesichtspunkt des Treubruchs schlechthin in den Mittelpunkt des Tatbestandes rücken wird (dazu Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht 448 ff.). Damit sind Strafrechtswissenschaft und -praxis vor die schwere Aufgabe gestellt, den Begriff des Treuverhältnisses abzugrenzen. Das RG. hat hierzu eine bemerkenswerte und sorgfältig abgewogene Rechtsprechung entwickelt, die dennoch vom Standpunkt der neuen Rechtsauffassung aus nicht befriedigen kann.

Das RG. geht mit Recht davon aus, daß der Begriff des Treuverhältnisses nicht aus allgemeinen Erwägungen über Treue und dergleichen abgeleitet werden dürfe (RGSt. 69, 16 = JW. 1935, 529 [33]), sondern daß auch die gerade vorliegenden besonderen Verhältnisse berücksichtigt werden müßten. Es meint, daß zwar aus dem Wortlaut des Gesetzes nichts gegen eine Auslegung einzuwenden sei, die den Tatbestand selbst auf ganz untergeordnete Dienst- und Auftragsverhältnisse anwende (RGSt. 69, 61 [1. Sen.] = JW. 1935, 941 [20]; JW. 1935, 1697 [18] Anm. Schwinge). Es hat aber von vornherein Bedenken, dem Begriff des Treuverhältnisses ganz allgemein den Überbringer einer Quittung, den Kellner, Lohnkutscher, Hausverwalter, Milchmann, sowie den Bäckerjungen zu unterstellen, die für ihren Geschäftsherrn Gelder einnehmen und sie rechtzeitig abzuliefern versäumen. Noch viel bedenklicher — und dieses Mal mit Recht — erscheint es ihm in sogenannten tatsächlichen Treuverhältnissen aus der Möglichkeit, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, schon auf die Pflicht, sie zu betreuen, zu schließen (RGSt. 69, 280 = JW. 1935, 3312 [24] Anm. Schwinge; RGSt. 70, 207 = JW. 1936, 2099 [34]). Es sieht sich also zu einer einschränkenden Auslegung gezwungen. Der Weg freilich, den es dann zur Herausarbeitung der einzelnen konkreten Treuverhältnisse einschlägt, muß Bedenken erregen. Es geht nämlich dabei nicht von den „tatsächlichen" Treuverhältnissen des völkischen Gemeinschaftslebens aus, sondern von den zivilrechtlich gebundenen Verhältnissen des bürgerlichen Rechts und macht damit den Versuch, einen Tatbestand, der wie kein anderer zu konkretem Ordnungsdenken herausfordert, normativistisch zu deuten. Statt aus den „besonderen Verhältnissen" des Lebens konkrete Treuverhältnisse herauszuarbeiten, aus denen die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, entspringt, schließt es aus dem Umfang und der Art einer Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, auf das Vorliegen eines Treuverhältnisses, wobei freilich unklar bleibt, woher diese Pflicht zur Interessenbetreuung abgeleitet wird. Er sucht daher jedesmal in Anlehnung an die normativistische Denkmethode festzustellen, wie weit in einem bestimmten Verhältnis der Verpflichtete Pflichten übernommen hat, für welche Zeitdauer und unter welchen Umständen. Es kommt zu dem Ergebnis, daß aus den Ausdrücken „Vermögensinteressen", in Verbindung mit den Ausdrücken „betreuen" und „wahrnehmen" entnommen werden müsse, „daß an Pflichten oder Pflichtenkreise gedacht sei, die sich der Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken, so daß der Verpflichtete für ihre Erfüllung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit hat" (RGSt. 69, 61 = JW. 1935, 941 [16]; JW. 1935, 1697 [18] Anm. Schwinge). Das gilt nicht nur für die schwierige Abgrenzung tatsächlicher Treuverhältnisse (RGSt. 69, 280 [1. Sen.]), sondern auch für die auf einem Rechtsverhältnis beruhenden Pflichten, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, soweit es sich nur um eine rein „mechanische" Tätigkeit, etwa die Ausführung von Botengängen, handelt, wobei allerdings für Kassenboten wieder eine Ausnahme gelten soll (RGSt. 69, 62).

Durch diese Auslegung beraubt sich das RG. der Möglichkeit, unter Anknüpfung an die konkreten Treuverhältnisse des Lebens von der Gemeinschaftsordnung des deutschen Volkes auszugehen. Sie ist da am Platze, wo es sich um ganz vorübergehende Beauftragungen handelt, etwa bei dem sonst dem Herrn nicht verpflichteten Quittungsüberbringer und in ähnlichen Fällen. Insbes. muß man jedes Eingehen auf das durch das Gefolgschaftsverhältnis geknüpfte Treueband vermissen. Es kommt bei der Bewertung des Treuverhältnisses nicht auf die größere oder geringere Bewegungsfreiheit und Selbständigkeit der Tätigkeit an, sondern nur auf die größere oder geringere Intensität der Treuebeziehung. Das scheint das RG. selbst anzuerkennen, indem es für den Kassenboten, der zweifellos eine sehr mechanische und wenig selbständige Tätigkeit wahrnimmt, aber einen besonderen Vertrauensposten inne hat, eine Ausnahme eintreten lassen will. Eine ähnliche Außerachtlassung konkreter Treuverhältnisse zeigt sich bei der Stellungnahme des RG. zur Möglichkeit der Untreue von Beamten. Hier ist es der Auffassung, daß das allgemeine Treuverhältnis des Beamten zum Staat ein ganz anderes sei als das besondere Treuverhältnis, durch das ein Beamter im Einzelfall kraft behördlichen Auftrags verpflichtet sei, staatliche Vermögensinteressen wahrzunehmen (RGSt. 69, 337 [2. Sen.] = JW. 1936, 457 [22] [Schwinge]). Hierin zeigt sich die Auffassung des RG. mit besonderer Schärfe.

Es ist aber zweifellos unmöglich, jemals zu einer richtigen Abgrenzung der einschlägigen Treuverhältnisse zu kommen,

wenn wir nicht wie überall im neuen Strafrecht von den konkreten Ordnungen der völkischen Gemeinschaft ausgehen. Treue ist gewiß kein freischwebender Begriff, aber sicherlich auch keiner, der sich durch normative Abgrenzung erfassen ließe, sondern er ist jeweils verwirklicht in den auf Treue beruhenden Gemeinschaften und Ordnungen des Volkes. Nur aus ihnen läßt sich nachträglich die Pflicht ableiten, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, nicht läßt sich aus der Pflicht und deren Umfang auf das Treuverhältnis schließen.

Freilich führt das RG. einen guten Grund, abgesehen von der Schwierigkeit, rein tatsächliche Treuverhältnisse zu bestimmen, dafür an, daß es nicht jedes ganz untergeordnete Auftrags- und Dienstverhältnis genügen lassen will: Den Zweckgedanken des neuen § 266, in erster Linie Schieber und Gauner zu treffen und das Wirtschaftsleben auf der Grundlage gegenseitigen Vertrauens aufzubauen (RGSt. 69, 61). Soll man, so fragt es sich, wirklich jeden Bäckerjungen mit den harten Strafbestimmungen anfassen, der das Geld für Brötchenlieferungen nicht abgibt? Aber schließlich wird er ja, wenn der Sachverhalt, was meistens der Fall sein wird, zugleich den entsprechenden Tatbestand erfüllt, auch wegen Unterschlagung bestraft, wenn der Strafrahmen hier auch, namentlich im Hinblick auf die Möglichkeit mildernder Umstände, milder ist. Dann ist es schon sinnvoller, man bestraft ihn für das, was seine Tat in erster Linie strafwürdig macht, für die Täuschung des Vertrauens, das sein Herr in ihn gesetzt hatte, und die Verletzung der Gefolgschaftstreue. Wenn hier nicht Treue herrschen soll, wie will man dann dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft und der auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Treupflicht jemals Geltung und Realität verschaffen? Das zeigt im übrigen auch der Untreuetatbestand des Entwurfs, der die Veruntreuung, die Unterschlagung anvertrauter Sachen, als Unterfall der Untreue bestrafen will (Gürtner a. a. O. 451), und außerdem die Möglichkeit der geringeren Bestrafung weniger schwerwiegender Fälle ausdrücklich vorsieht (Gürtner a. a. O. 457). Dabei bleibt immer zu berücksichtigen: Auch Gefolgschaftsmitglieder werden nicht für Handlungen bestraft, die ganz außerhalb ihres Tätigkeitskreises liegen. Wer etwa bei einer Fabrik angestellt, außerhalb seines Tätigkeitskreises das Vermögen seines Betriebsführers schädigt, fällt unter die gewöhnlichen Strafgesetze. Hier wie immer ist auf die konkrete Ausgestaltung des Treuverhältnisses Rücksicht zu nehmen.

Das gleiche gilt für Beamte. Es mag auch hier dahingestellt bleiben, ob jeder Beamte für jede Schädigung staatlicher Vermögensinteressen bestraft werden kann oder ob man nicht wenigstens verlangen muß, daß er überhaupt mit der Betreuung staatlicher Vermögensinteressen zu tun hat. Jedenfalls wird man im Gegensatz zu der Entscheidung des RG. (RGSt. 69, 337) annehmen müssen, daß immer dann, wenn ihm eine Sache „amtlich anvertraut" ist, er auch zur Betreuung der entsprechenden Vermögensinteressen verpflichtet ist. Hier zwischen der allgemeinen Beamtentreupflicht und der auf Grund „behördlichen Auftrags" übertragenen besonderen Pflicht zu unterscheiden, ist ganz abwegig. Vielmehr entsteht eben auf Grund des allgemeinen Treuverhältnisses, in dem der Beamte zum Staate steht, die Verpflichtung, dessen Vermögensinteressen jedenfalls soweit wahrzunehmen, als dies nach der konkreten Ausgestaltung des Treuverhältnisses verlangt werden kann.

Das Gesagte läßt sich auf sämtliche schon sichtbaren oder noch entstehenden Treuverhältnisse des Lebens ausdehnen. Der 3. Sen. des RG. hat dies in besserer Erkenntnis des Sinns der neuen Untreuebestimmung für das eheliche Verhältnis anerkannt. Er führt in RGSt. 70, 207 zutreffend aus, daß Eheleute „durch das eheliche Treuverhältnis" verpflichtet sind, „die Vermögensinteressen des anderen Ehegatten wahrzunehmen und vor Schaden zu bewahren". Er läßt zwar dahingestellt, ob jeder Verstoß gegen diese Pflicht durch den § 266 StGB. erfaßt werde. Jedenfalls sei das immer der Fall, wenn besondere Umstände vorlägen, wie in diesem Falle die Geistesschwäche des Ehemannes. Liege aber diese vom Senat ausdrücklich als „sittliche Pflicht" bezeichnete Verpflichtung vor, so bedürfe es „keiner Prüfung, ob diese Pflicht etwa auf besonderen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ... beruht". Damit ist der entscheidende Gesichtspunkt in vorbildlicher Weise erkannt. Inhalt und Umfang der Treupflicht von Ehegatten untereinander können nur aus dem Wesen und dem Sinn der Ehe entnommen werden. Dies gilt aber nicht nur für die Ehe, sondern für die Familie überhaupt, ja für sämtliche Treuverhältnisse im gegliederten Aufbau unseres Volkes.

B.

Von Professor Dr. Schwinge, Marburg

I. Der Verf. des vorstehenden Aufsatzes wendet sich in beachtenswerten Darlegungen gegen eine Lehre, durch welche der Anwendungsbereich des § 266 StGB. n. F. eine praktisch sehr bedeutsame Einschränkung erfährt: den Ausschluß der Strafvorschrift von allen Auftrags- und Dienstverhältnissen untergeordneter Natur. Diese Auslegung ist im Schrifttum ungefähr gleichzeitig von Peschke (DJZ. 1933, 1099) und Schwinge-Siebert (Das neue Untreuestrafrecht [1933] S. 33 ff.) gefordert worden. Das RG. hat diese Ansicht bestätigt und anerkannt, und zwar zuerst in einem Urteil des 1. StrSen. v. 14. Dez. 1934 (RGSt. 69, 58 ff. = JW. 1935, 941 [20]), das die grundsätzlichste aller Entscheidungen zu dem neuen § 266 ist. Seitdem verlangt die Rechtsprechung für den Begriff des Treueverhältnisses ganz allgemein Aufgaben und Tätigkeitskreise, bei denen der Verpflichtete einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit und Selbständigkeit besitzt, mit der Folge, daß z. B. Kellner, Lohnkutscher, Hausverwalter, Milchmänner und Bäckerjungen, die sich an den vereinnahmten Geldern vergreifen, von § 266 ausgeschlossen werden.

II. Diese Lehre empfindet Kempermann als eine willkürliche Einengung des Untreuetatbestandes, die vom Standpunkt nationalsozialistischer Rechtsauffassung aus abzulehnen sei. Kempermanns Hauptvorwurf besteht darin, daß das RG. es in dieser Frage verabsäumt habe, von den durch die Gemeinschaftsordnung des deutschen Volkes vorgezeichneten „konkreten Treueverhältnissen des deutschen Volkes" auszugehen. Insbesondere ist er der Meinung, das durch das arbeitsrechtliche Gefolgschaftsverhältnis begründete Treueband stelle immer auch ein Treueverhältnis i. S. des § 266 dar. Ein Gedanke, der im ersten Augenblick manches für sich hat, indessen — wie nähere Betrachtung lehrt — weder mit der geschichtlichen Entwicklung des Untreuestrafrechts, noch mit Sinn und Zweck des neuen § 266, noch auch mit den Tendenzen des nationalsozialistischen Arbeitsrechts in Einklang gebracht werden kann.

III. Gelänge es der Lehre Kempermanns, in der Praxis Fuß zu fassen, so würde das bei § 266 eine durchgreifende Sinnverschiebung zur Folge haben. Wie das RG. in dem erwähnten grundlegenden Urteil v. 14. Dez. 1934 zutreffend feststellt, verfolgte der Gesetzgeber im Jahre 1933 bei der Neufassung des § 266 nur den Zweck, einen Schlag gegen „Schiebertum und Korruption" zu führen. Den schweren Folgen der verschärften Strafbestimmung sollten auch in Zukunft bloß Vorgänge „von einem gewissen Gewicht" unterstellt werden, d. h. Obliegenheiten, bei denen die Vermögensfürsorge „Hauptpflicht und wesentlicher Inhalt" des Innenverhältnisses ist. Wenn darüber bei der Dürftigkeit der Gesetzesmaterialien zu der Novelle v. 26. Mai 1933 noch ein Zweifel bestehen konnte, so sind sie jetzt behoben worden. Noch entschiedener als das gegenwärtige soll das kommende Untreuestrafrecht von dem Gedanken des Treubruchs beherrscht werden (dazu vgl. Gürtner, Das kommende Strafrecht, 2. Aufl. [1936], S. 448 ff.), und trotzdem wird in dem Bericht der amtlichen Strafrechtskommission vor einer „Überspannung" des Untreuebegriffs gewarnt und betont, es könne keine Rede davon sein, daß die Verletzung beliebiger Pflichten, deren Erfüllung nach Treu und Glauben verlangt werden könne, unter das Strafgesetz falle. „Vor allem ist die Verletzung von Nebenpflichten keine Untreue. Die Pflicht zur getreuen Verwaltung fremden Vermögens muß vielmehr den eigentlichen und wesentlichen Inhalt des Vertrages bilden" (a. a. O. S. 452). Zu allem Überfluß werden im Anschluß daran die Fälle, deren Herausnahme aus dem Untreuetatbestand Kempermann beanstandet, ausdrücklich als

nicht nach § 266 strafbar erklärt. — An diese Erklärungen der zuständigen Stellen über Sinn und Geltungsbereich des § 266 ist die Rechtsprechung gebunden. Denn bei Gesetzen aus der Zeit nach dem Umbruch ist es dem Richter nicht gestattet, Einzelvorschriften einen neuen Sinn unterzulegen und ihren Anwendungsbereich auf diese Weise im Widerspruch zu den amtlichen Verlautbarungen über den Gesetzeszweck eigenmächtig zu verschieben. Hier zeigt sich die Verschiedenheit in der Stellung des Richters zu nationalsozialistischen und zu vornationalsozialistischen Gesetzen (darüber grundsätzlich Philipp Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre [1936] S. 16 mit Belegen aus dem Schrifttum).

IV. Es besteht aber auch rechtspolitisch kein Anlaß, von dem derzeitigen Rechtszustand abzugehen. Gewiß liegt in jedem Arbeitsverhältnis das Moment der Treue, mag es sich um selbständige oder unselbständige Arbeit, untergeordnete Dienste oder Dienste höherer Art handeln, und in der Herausarbeitung dieses Treueverhältnisses liegt sogar eine der Haupteigentümlichkeiten und unverlierbaren Errungenschaften des neuen nationalsozialistischen Arbeitsrechts. Es wäre indessen nicht zu befürworten, jeden Verstoß gegen die Gefolgschaftstreue unter § 266 zu ziehen und als Untreue zu bestrafen. Man soll derartige Grundwerte wie den Begriff der „Treue" durch übermäßige „Normativisierung" (um das von Kempermann gebrauchte Fremdwort hier anzuwenden) nicht aushöhlen und bagatellisieren. Vor der damit verbundenen Zerstörung ihrer Würde und ihres ethischen Gehaltes hat erst vor kurzem Roland Freisler gewarnt (DJZ. 1935, 908). Die Scheu davor dürfte auch der tiefere Grund dafür sein, weshalb Sprachgebrauch und Volksempfinden mit dem Begriff „Untreue" die Vorstellung kleiner und unbedeutender Fehltritte nicht zu verbinden pflegen; der Bäckerjunge, der das Brötchengeld verjubelt, begeht nach der Auffassung des Volkes keine Untreue (im überlieferten Sinn), sondern Unterschlagung. Es ist doch sicherlich auch kein Zufall, wenn das ArbOG. bewußt darauf verzichtet hat, jeden Verstoß gegen die allgemeine Gefolgschaftstreue unter ehrengerichtlichen Strafschutz zu stellen. Trotz der grundsätzlichen Fassung des § 35 ArbOG. lehnt es die herrschende Lehre im Arbeitsrecht entschieden ab, bei jeder Verletzung der sozialen Ehre ehrengerichtliche Verfolgung eintreten zu lassen, weil durch die leichteren Verstöße des täglichen Lebens regelmäßig der „Bestand der Betriebsgemeinschaft" nicht gefährdet wird (Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm. z. ArbOG., § 36 Anm. A 1; Mansfeld-Pohl § 36 Anm. 1). Und was das Beamtenverhältnis anlangt, das K. auch erwähnt, so hält sich das RG. ebensosehr im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung des Untreuestrafrechts wie des Zweckgedankens des § 266, wenn es für dessen Anwendbarkeit das allgemeine Treueverhältnis, in dem der Beamte zum Staate steht, ebenfalls nicht genügen läßt.

Nach alledem glaube ich, daß an der herrschenden Lehre festgehalten werden muß. Wenn Kempermann eingangs dem RG. noch zum Vorwurf macht, daß es unzulässigerweise von den zivilrechtlich gebundenen Verhältnissen des bürgerlichen Rechts statt von den konkreten Treueverhältnissen des täglichen Lebens ausgehe, so kann ich dafür in den neueren Urteilen des RG. keinen Beleg finden. Denn in ihnen wird immer wieder betont, daß nicht von allgemeinen, aus dem Begriff des Treueverhältnisses gezogenen Erwägungen auszugehen sei, sondern von den gerade vorliegenden besonderen Verhältnissen des Lebens (so z. B. RGSt. 69, 16; den Sinn der in diesem Urteil enthaltenen Bemerkungen über die Feststellung von Inhalt und Umfang des Treueverhältnisses hat Verf. offenbar mißverstanden!). Wenn man dem RG. etwas zum Vorwurf machen kann, dann höchstens das eine, daß es die Neigung hat, bei Entscheidung der Frage, ob ein Treueverhältnis i. S. des § 266 vorliegt, gelegentlich zu großes Gewicht auf Zahl und Dauer der Geschäfte zu legen (dazu eingehend meine Anmerkungen: JW. 1935, 941 und 2053). „Normativistisches Denken" im schlechten und heute überwundenen Sinn kann man den Strafsenaten des RG. in bezug auf ihre Untreuerechtsprechung jedenfalls nicht vorwerfen. Ich bin mit dem RG. keineswegs in allen Punkten einer Meinung, kann aber nicht umhin, anzuerkennen, daß es seine Aufgabe, aus den wenigen, grob umrissenen Richtlinien der neuen Vorschrift eine lebensnahe, wirtschaftlich erträgliche und ethisch befriedigende Judikatur zu entwickeln, vortrefflich gelöst hat. Das hat ihr denn ja auch die uneingeschränkte Anerkennung der amtlichen Strafrechtskommission eingetragen!

Rechtsanwalt und Urkundensteuer

(Zu Boruttau: JW. 1936, 3037 ff.)

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Ehlers, Hamburg

Gegen die Ausführungen von Boruttau sind verschiedene Bedenken geltend zu machen und auch zum Teil bereits geltend gemacht worden (vgl. Koppe: JW. 1936, 3299).

I. Prozeßführungsverträge

Sie stellen Geschäftsbesorgungen i. S. von § 675 BGB. dar. Geschäftsbesorgungsverträge finden sich nicht unter den in §§ 12 bis 19 UrkStG. besonders aufgeführten Verträgen. Geschäftsbesorgungsverträge sind indessen, wie schon der Wortlaut des § 675 BGB. ergibt, immer entweder Dienst- oder Werkverträge mit besonderem Inhalt. Eine Geschäftsbesorgung, die eine Prozeßführung zum Gegenstande hat, kann nur als Dienstvertrag, nicht als Werkvertrag aufgefaßt werden. Koppe hält einen Prozeßführungsvertrag nicht für einen Dienstvertrag, weil der Anwalt dem Rechte und nicht seinem Auftraggeber diene. Hieraus leitet Koppe dann die Steuerfreiheit der Prozeßführungsverträge her. Das mag vieles für sich haben. Aber auch wenn man diesen Standpunkt nicht teilt, bleibt das Ergebnis dasselbe: Steuerfreiheit der Prozeßführungsverträge.

Die Dienstverträge werden in § 14 UrkStG. behandelt. Aus § 14 Abs. 1 Nr. 2, wonach auch Korrespondenz-Dienstverträge der Urkundensteuer unterliegen, ergibt sich, daß der Begriff des Dienstvertrages im § 14 weit ausgelegt werden muß. Deshalb fallen z. B. auch Agenturverträge darunter (vgl. Ehlers: NeumannsZ. 1936, 1199). Man wird Boruttau daher darin zustimmen können, wenn er die Urkundensteuerpflicht der Prozeßführungsverträge an Hand des § 14 UrkStG. (und nicht nach § 20 a. a. O.) prüft. Auf Grund dieser Prüfung nun hält Boruttau Prozeßführungsverträge nach § 14 ohne jede Einschränkung für urkundensteuerpflichtig. Darin kann man ihm indessen nicht folgen.

Die weite Auslegung des Begriffes „Dienstvertrag" kann und darf natürlich nie dazu führen, daß darunter auch solche Rechtsverhältnisse gezwängt werden, auf welche die Bestimmungen im § 14 nach Aufbau und Ausgestaltung überhaupt nicht passen! Boruttaus Ansicht, wonach jeder Prozeßführungsvertrag als Dienstvertrag steuerpflichtig sein soll, führt zu folgenden unüberwindlichen Schwierigkeiten:

1. Die Steuerberechnung: § 14 Abs. 2 unterscheidet zwischen Verträgen auf bestimmte und solchen auf unbestimmte Zeit. In beiden Fällen soll die Steuer von der Dienstvergütung für eine nach dem Kalender bestimmte Zeit berechnet werden, bei Verträgen auf unbestimmte Zeit grundsätzlich von der für eine einjährige Vertragsdauer errechneten Vergütung, bei Verträgen auf bestimmte Zeit höchstens von der Vergütung für eine Dauer von fünf Jahren, wenn nicht die Vertragsdauer kürzer ist. Auch bei den Verträgen auf bestimmte Zeit geht das Gesetz also davon aus, daß die Vergütung nach Kalenderabschnitten berechnet und demzufolge auch mühelos auf die Dauer von fünf Jahren umgerechnet werden kann. Hier zeigt die Unterordnung der Prozeßführungsverträge unter die beiden Gruppen des § 14 Abs. 2 die Abwegigkeit der Ansicht von Boruttau. Würde man die Pro-

zeßführungsverträge für Verträge auf unbestimmte Zeit halten, so wäre man genötigt, die Vergütung „für eine einjährige Vertragsdauer“ zu ermitteln. Da das nach Sachlage offenbar unmöglich ist, sieht Boruttau sich gezwungen, einen Vertrag „auf bestimmte Zeit“ anzunehmen. Der Wirklichkeit entspricht das aber keineswegs. Auch bei der Beurteilung des Tatbestandes, der dem Abschluß eines Prozeßführungsvertrages zugrunde liegt, sind nach § 1 Abs. 3 und 2 StAnpG. die Volksanschauung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen. Man braucht nun gar nicht nur hervorzuheben, daß die Volksanschauung trotz aller Beschleunigung der Rechtspflege einen Prozeß und damit den Prozeßführungsvertrag niemals als ein Verfahren bzw. einen Vertrag auf bestimmte Zeit ansehen würde. Die völlige Unbestimmtheit der Vertragsdauer folgt vielmehr sachlich aus der Ungewißheit, ob der Rechtsstreit nach einem Rechtszuge oder vielleicht erst nach mehreren Rechtszügen und ob er durch Endurteil oder durch Zwischenurteil und ob er durch gerichtlichen Vergleich oder vielleicht durch eine formelle Zurücknahme der Klage (die vielleicht erst monatelang nach der praktischen Erledigung des Rechtsstreites durch außergerichtlichen Vergleich erfolgt) beendet wird. Auch kommt es in Ehesachen vor, daß das Gericht den Rechtsstreit — vielleicht sogar zur Überraschung einer Partei — nach §§ 620 oder 621 ZPO. aussetzt. Die Beispiele ließen sich noch erheblich vermehren. Man sieht: Praktisch ist es unhaltbar, in einem Prozeßführungsvertrag einen Vertrag auf bestimmte Zeit zu sehen. Boruttau verweist auf die Begründung (S. 487), wonach auf unbestimmte Zeit nur solche Verträge abgeschlossen seien, welche der Kündigung nach §§ 621—623 BGB. unterliegen. Aber auch das hilft nicht weiter. Denn Prozeßführungsverträge unterliegen nur der außerordentlichen Kündigung nach § 627 BGB. (vgl. Staudinger[9], § 611 Vorbem. V 2 S. 703; § 627 Bem. II, 1 S. 908; RGRKomm.[6], § 627 Bem. 1 S. 269; Loening § 627 Bem. 2 S. 419; Fischer-Henle[12], § 627 Bem. 3 S. 442; Rittmann-Wenz[15], § 50 RAGebO. Bem. 1 S. 608; RGWarn. 1936 Nr. 165 S. 245). Die Ansicht Boruttaus erscheint also auch juristisch — ebenso wie praktisch — nicht haltbar.

2. Die Freigrenze: Sie stellt eine ausgesprochen soziale Maßnahme dar. Infolgedessen braucht die Einhaltung der Freigrenze sich — ein Ausnahme vom Urkundenprinzip! — nicht aus der Vertragsurkunde zu ergeben (Rusche-Reusch § 14 Anm. 4 S. 125; a. A.: Ringelmann-Freudling § 14 Anm. 6 a Abs. 2 S. 166). Die Anwendbarkeit der Freigrenze ist gegenüber dem früheren preußischen Recht sogar in zweierlei Hinsicht erweitert worden: Erstens gilt die Freigrenze nicht mehr nur für Dienstleistungen gegen „zu gewissen Zeiten wiederkehrendes Entgelt“ (Ringelmann-Freudling § 14 Anm. 6 a S. 166). Zweitens ist die Freigrenze von 1500 GM. auf 3600 RM erhöht worden. Nach der Begründung (S. 487 Abs. 4) soll die Freigrenze „hauptsächlich kleinen und mittleren Angestellten mit einem Monatsgehalt bis zu 300 RM“ zugute kommen. Auch gilt nach einer ausdrücklichen Bemerkung in der Begründung die Freigrenze auch für solche höheren Vergütungen, die für eine mehrjährige Vertragsdauer in einer Summe gezahlt werden, wenn nur der auf ein Jahr entfallende Betrag die Freigrenze nicht überschreitet. Trotz all dieser sozialen Gesichtspunkte ist die Freigrenze für Boruttau nicht anwendbar, weil die „Umrechnung auf eine Jahresvergütung überhaupt nicht möglich ist“. Ferner übersieht Boruttau, daß ein erschreckend hoher Hundertsatz der Anwälte das Jahresgehalt der „kleinen und mittleren Angestellten“ von 3600 RM nicht im entferntesten erreicht. So haben z. B. im Rechnungsjahr 1934 etwa 4800 Rechtsanwälte, d. h. etwa 30,5% aller Rechtsanwälte ein Nettoeinkommen unter 3000 RM versteuert! Andererseits käme man, wenn man die Prozeßführungsverträge der Anwälte mit einem Jahresumsatz oder -einkommen bis zu 3600 RM urkundensteuerfrei ließe, zu persönlichen Steuerbefreiungen an Stelle von sachlichen. Denn sachlich gilt die Freigrenze des Gesetzes nicht für die Verträge einer bestimmten oder unbestimmten Personengruppe, sondern für bestimmte Verträge. Sachlich könnte die Freigrenze also nur auf die Vergütung für jeden einzelnen Prozeßführungsvertrag angewandt werden.

3. Die Durchführung: Hier gibt Boruttau offen zu, daß das nach Sachlage unvermeidliche Überwachungsverfahren den bestimmten zuständigen FinA. und den betr. Anwälten eine Mehrarbeit verursachen würde, welche außer jedem Verhältnis zu den erzielten Steuerbeträgen steht. Auch die von ihm vorgeschlagenen Auswege ändern daran nichts: Die Listenversteuerung verursacht gleichfalls unverhältnismäßige Mehrarbeit. Die Pauschalbesteuerung ist wegen der willkürlichen Wahl des Pauschsatzes gefährlich (Boruttau schlägt den bei weitem überhöhten Pauschsatz von 2 ½ Gebühren vor!).

Man sieht also, daß § 14 UrkStG. auf Prozeßführungsverträge in keiner Hinsicht paßt. Man muß den Verhältnissen Gewalt antun, wenn man diese Verträge in die Bestimmungen des § 14 UrkStG. hineinzwängen will. Das ist aber mit § 1 StAnpG. völlig unvereinbar. Bei richtiger sorgfältig erwogener Anwendung von § 1 StAnpG. kann man daher nur zu dem Ergebnis kommen: Prozeßführungsverträge unterliegen der Urkundensteuer nach § 14 UrkStG. nicht.

Hier muß den Sammelverträgen noch ein Wort gewidmet werden. Ich meine Vereinbarungen über die Wahrnehmung z. B. sämtlicher Inkassosachen einer bestimmten Partei. Hier sind — nach dem Vorstehenden — die Einzelmandate steuerfrei. Ebenso ist aber auch der grundlegende Mantelvertrag steuerfrei. Er stellt nämlich gar keinen echten Dienstvertrag dar. Denn die Vergütungsansprüche des Anwaltes können nur auf die Übertragung und Wahrnehmung des Einzelmandates gestützt werden. Überdies wird der sog. Mantelvertrag in den meisten Fällen mündlich vereinbart. Niemals aber enthält er rechtlich mehr als einfache Punktationen.

Die Richtigkeit dieser Ansicht, nämlich die Unanwendbarkeit des § 14 UrkStG. auf Prozeßführungsverträge, ergibt sich mittelbar aus den eigenen Darlegungen Boruttaus über Verwaltungs- und sonstige anwaltliche Dienstverträge. Denn hier fallen die oben erwähnten Schwierigkeiten weg und insbes. erkennt Boruttau die Anwendbarkeit der Freigrenze auf diese Verträge mit Recht ausdrücklich an.

II. Gutachtenverträge

Boruttau rechnet sie den Werkverträgen zu. Die von ihm angeführte Entscheidung ist nur im Rechtssatz abgedruckt. Eine Nachprüfung ist somit unmöglich. Die Unterscheidung (ob Werk- oder Dienstvertrag) ist aber bedeutsam. Denn es ist nicht ersichtlich, warum die Freigrenze aus § 14 Abs. 4 UrkStG. auf Gutachtenverträge — wie Boruttau meint — nicht anwendbar sein sollte. Bei der Festsetzung des Honorars für ein Gutachten spielt die Zeitdauer der aufgewandten Arbeit stets auch eine Rolle. — In den meisten Fällen liegt in einem Gutachtenvertrag aber ein Dienstvertrag bzw. richtiger ein Geschäftsbesorgungsvertrag (s. oben). Gegenstand der Leistung des begutachtenden Anwalts ist nämlich die Erteilung einer Rechtsauskunft, nicht die Anfertigung des Schriftstückes, welches die äußere Erscheinungsform der Rechtsauskunft darstellt. Andernfalls hätte der Anwalt mit Aushändigung des Schriftstückes in jedem Falle erfüllt ohne Rücksicht darauf, ob die in dem Schriftstücke enthaltene Rechtsauskunft richtig ist oder nicht. Nur dann kann ausnahmsweise ein Werkvertrag vorliegen, wenn der Auftraggeber dem Gutachter bei Erteilung des Auftrages mitgeteilt hat, in welchem Sinne er sich äußern möge. Denn dann wäre eine Gutachten mit abweichendem Ergebnis keine Vertragserfüllung. — Auch das Erfordernis persönlicher Erfüllung des Gutachtenvertrages zeigt, daß es sich — von der einzigen erwähnten Ausnahme abgesehen — um einen Dienstvertrag handelt (vgl. Staudinger[9], § 611 Vorbem. I, 1, e, S. 625; auch RGZ 88, 226 = JW 1916, 963)

III. Vollmachten

Hier ist zunächst zu den Ausführungen Boruttaus über die Steuerpflicht einer Vollmacht mit Abtretung der Kostenerstattungsansprüche ergänzend zu bemerken, daß für diese Abtretung selbstverständlich die Freigrenze von 150 RM nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 UrkStG. gilt. — Daß die Vollmacht die einseitig unterschriebene Urkunde eines Vertrages enthält, wird nicht sehr häufig vorkommen. Jedenfalls kommt es auf den Inhalt der Urkunde im Einzelfall an. Stets liegt da, wo auf die Willenserklärung des bevollmächtigten Anwaltes nicht wenigstens Bezug ge-

nommen wird, nur die Beurkundung einer einseitigen Erklärung vor, die steuerfrei ist (so auch Eiffler: JW. 1935, 3024). — Für Hausverwaltungsvollmachten eines Anwaltes soll nach Boruttau die Steuerermäßigung nach § 27 Abs. 5 Nr. 1 UrkStG. nicht gelten, weil sie nur für Bevollmächtigte in einem dienstvertragsmäßigen Unterordnungsverhältnis gelte. Auch Ringelmann-Freudling § 27 Anm. III, 1 S. 290 und Rusche-Rensch § 27 Anm. S. 155 verlangen ein Abhängigkeitsverhältnis, ohne aber eine Begründung dafür zu geben. Boruttau verweist auf das frühere preußische Recht. Indessen ergibt sich aus dem Wortlaut des § 27 UrkStG. nichts für dieses Erfordernis. Auch die Begründung (S. 500) ergibt dafür gar nichts. Man muß aber wohl annehmen, daß — angesichts des schweigsamen Gesetzeswortlautes und zumal der Praxis unter dem früheren preußischen Recht — wenigstens die Begründung etwas darüber erwähnt hätte, wenn das Dienstverhältnis hier anders verstanden werden sollte als in § 14. Der Standpunkt Boruttaus erscheint hiernach unbegründet. Schließlich ist ja doch auch der bevollmächtigte Anwalt an die Weisungen seines Auftraggebers gebunden.

IV. Bezüglich der Selbstverwendung von Steuermarken erscheint es nach dem Wortlaut des § 19 UrkStG. allerdings zweifelhaft, ob Anwälte hierzu ermächtigt werden können. Irgendein innerer Grund für diese Schlechterstellung der Anwälte gegenüber Banken, Sparkassen, Genossenschaften und „anderen Unternehmen" ist indessen nicht ersichtlich. Es ist daher zu wünschen, daß der RFM. im Wege der allgemeinen Verfügung hier Abhilfe schaffen und damit den in ihrer Existenz schwer bedrängten Anwälten viele unnütze Wege ersparen wird.

V. Überwälzung

Die Überwälzung der Umsatzsteuer ist — obwohl grundsätzlich unzulässig (§ 10 UmsStG. 1934) — den Anwälten bei Erhebung fester Gebühren gestattet. Die Überwälzung der Urkundensteuer ist grundsätzlich zulässig. Gegenteiliges ergibt sich weder aus dem UrkStG. noch aus der RAbgO. oder dem StAnpG. Es ist daher den Anwälten unbenommen, die von ihnen gezahlte Urkundensteuer von ihren Auftraggebern wieder anzufordern, einerlei, ob sie dem Reich gegenüber Steuerschuldner waren oder nach § 6 Abs. 3 UrkStG. nur für die Steuer hafteten.

Kündigung und Kündigungsgrund im Arbeitsrecht

Von Amtsgerichtsrat Dr. Wolfgang Möhl, Nürnberg

Will man die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses technisch in das geltende Rechtssystem eingliedern, so bezeichnet man sie als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die das Arbeitsverhältnis sofort oder nach bestimmter Zeit beendet wird. Diese Begriffsbestimmung läßt die Frage offen, wann die auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Willenserklärung die vom Unternehmer gewünschte Wirkung wirklich hat. Auch wenn man die Anwendung des bürgerlich rechtlichen Vertragsbegriffs auf das Arbeitsverhältnis ablehnt und deshalb die Kündigung mit Siebert[1]) als eine „personenrechtliche, auf Lösung eines Gemeinschaftsverhältnisses gerichtete Erklärung, ein Teilstück aus dem Vernichtungsvorgang der personenrechtlichen Gemeinschaft" bezeichnen will, bleibt die Frage, wann diese „Erklärung" wirksam wird, die gleiche. Die Verschiedenartigkeit der Meinungen liegt darin, daß die althergebrachte Lehre die Beendigung des schuldrechtlichen Vertrages im Auge hat, während die moderne die Lösung des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses als das wesentliche erkennt. Für den folgenden Versuch, die Bedeutung des Kündigungsgrundes für das Kündigungsrecht zu klären, spielt die allgemeine Wendung des Rechtsdenkens vom individuellen zum Gemeinschaftsdenken insofern eine Rolle, als der Kündigungsgrund für die Lösung des Gemeinschaftsverhältnisses von wesentlicher innerer Bedeutung ist, auch das Gewicht der Kündigungsgründe je nach ihrer Beziehung zur Betriebs- und Volksgemeinschaft neu bestimmt wird, während die abstrakte Lösung eines schuldrechtlichen Vertrages zunächst des inneren Zusammenhanges mit einem bestimmten Grund entbehren konnte. Die Rechtsprechung nimmt im allgemeinen an, daß das Arbeitsverhältnis nach dem geltenden Recht noch nicht völlig vom bürgerlichen Recht abgespalten sei[2]). Diese Erkenntnis hindert sie aber nicht, auch ihrerseits das Gemeinschaftsdenken so weitgehend in den Mittelpunkt aller Erörterungen zu stellen, daß sie im Ergebnis kaum hinter den Forderungen der modernen Arbeitsrechtswissenschaft zurückbleiben muß. Dies zeigt sich ganz besonders bei der Frage, welche Stellung dem Kündigungsgrund im System des Kündigungsrechts einzuräumen ist.

Um zu einem klaren Ergebnis zu gelangen, muß zunächst der Begriff „Kündigungsgrund" und dann die Frage erörtert werden, welche Kündigungsgründe vom Unternehmer zur Rechtfertigung einer Kündigung herangezogen werden dürfen. Erst nach dieser Abgrenzung kann die Bedeutung des Kündigungsgrundes für das Kündigungsrecht untersucht werden.

I. Kündigungsgründe und wahrer Beweggrund der Kündigung

Von den Gründen, die zur Rechtfertigung einer Kündigung herangezogen werden können, ist zu unterscheiden der wahre Beweggrund der Kündigung. Die Wirksamkeit der fristlosen Entlassung und die Entscheidung des Widerrufsprozesses nach § 56 ArbOG. hängt nicht vom subjektiven Beweggrund des Kündigenden ab, sondern von der objektiven Sachlage, soweit sie nachgewiesen werden kann. Hat der Unternehmer einen ausreichenden Grund, dann unterliegt der Gekündigte. Es nützt ihm nichts, wenn er nachweist, daß der Unternehmer Gründe vorgeschoben habe, um den für ihn eigentlich maßgebenden Grund nicht nennen zu müssen. Bei der Würdigung der Beweisaufnahme über die vorgeschobenen Gründe wird es freilich von Bedeutung sein, wenn der Kl. nachweist, daß den Unternehmer in Wahrheit verwerfliche Gründe zur Kündigung veranlaßten. Wenn z. B. festgestellt wird, daß ein untertariflich bezahlter Arbeiter kurz vor der Kündigung seinen Tariflohn mit Nachdruck verlangte, liegt die Vermutung nahe, daß der eigentliche Kündigungsgrund dieses berechtigte Verlangen des Arbeiters war. Das Gericht wird dann andere Kündigungsgründe mit Mißtrauen betrachten.

Das gesunde Rechtsempfinden verlangt vom Betriebsführer, daß er mit offenen Karten spielt. Abgesehen von der prozessualen Wahrheitspflicht muß das Treueverhältnis der Betriebsgemeinschaft den Betriebsführer davor zurückhalten, einen mißliebigen Gefolgsmann mit Winkelzügen aus dem Betriebe zu drängen, statt dem Gekündigten die Gründe offen von Mann zu Mann auseinanderzusetzen. Gewiß sind Ausnahmen denkbar. Wenn der Betriebsführer gegen den Gefolgsmann einen Verdacht hat, den er voraussichtlich nicht beweisen kann, von dessen Richtigkeit er aber überzeugt ist, so kann nicht verlangt werden, daß er diesen Verdacht laut werden läßt. Er würde sich unter Umständen strafbar machen, wenn er den Verdacht nicht für sich behielte. Immer dann, wenn die Äußerung eines an sich berechtigten Kündigungsgrundes dem Kündigenden selbst Nachteile bringen würde, darf er ihn verschweigen. Daraus entsteht dem Gekündigten kein Schaden, denn der geheimgehaltene Grund wird bei der Prüfung der Unbilligkeit der Kündigung nicht mitberücksichtigt.

II. Verwirkung und Nachschieben von Kündigungsgründen

a) Verwirkung durch Zeitablauf

Es genügt aber nicht, daß der Unternehmer die Gründe, auf die er die Kündigung stützen will, überhaupt offenbart. Er

---

[1]) Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 201.

[2]) RArbG. 16, 179 = JW. 1936, 2012[101] mit eingehender Stellungnahme zu den gegensätzlichen Meinungen in der modernen Arbeitsrechtswissenschaft.

muß sie auch rechtzeitig offenbaren. Das Treueverhältnis zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft verlangt, daß eine Kündigung nur innerhalb angemessener Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden darf. Ein Betriebsführer, der zu lange zögert, wird behandelt, als ob er auf sein Kündigungsrecht verzichtet oder dem Gefolgsmann verziehen habe[3]). Dies gilt besonders für die außerordentliche Kündigung, die in verschiedener Hinsicht den Gekündigten härter trifft als die normale Kündigung. Sie hat fast immer den Charakter einer schweren Strafe, wenn auch Fälle vorkommen, in denen die fristlose Entlassung ohne ein Verschulden des Gekündigten statthaft ist. Sie hat die Sperre der Arbeitslosenunterstützung und die Erschwerung der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozeß zur Folge. Welche Frist dem Unternehmer zur Überlegung, ob er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen wolle, gelassen werden kann, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Beim gewerblichen Arbeiter ist die Frist im Gesetz auf eine Woche festgesetzt (§ 123 Abs. 2 GewO.). Bei der normalen Kündigung wird man im allgemeinen keinen so strengen Maßstab anwenden dürfen. Aber auch bei ihr ist es dem Unternehmer verwehrt, sich auf Gründe zu berufen, die weit zurückliegen.

b) Verwirkung durch vorläufiges Verschweigen

Das Recht, aus bestimmten Gründen zu kündigen, kann auch dadurch verwirkt werden, daß der Unternehmer diese Gründe zunächst verschweigt. Der Unternehmer muß die Gründe sofort bei Ausspruch der Kündigung oder spätestens dann, wenn der Gekündigte nach den Gründen fragt, offenbaren. Dazu ist er allgemein nach Treu und Glauben, im besondern aber aus dem personenrechtlichen Treueverhältnis der Betriebsgemeinschaft heraus verpflichtet (§ 2 Abs. 2 ArbOG.). Die Treuepflicht des Betriebsführers gegenüber seiner Gefolgschaft ist im ArbOG. nicht ausdrücklich erwähnt. Der § 2 Abs. 2 ArbOG. erlegt dem Betriebsführer ausdrücklich nur auf, für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen, während diese ihm die, in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten hat. Führertum und Betriebsgemeinschaft setzt aber begriffsmäßig ein gegenseitiges Treueverhältnis voraus. Der Betriebsführer muß seiner Gefolgschaft ebenso treu dienen, wie diese ihm, sonst gibt es keine Gemeinschaft[4]). Gerade in dieser Frage wäre es an der Zeit, der deutschrechtlichen Auffassung vom Arbeitsvertrag in der Rechtsprechung sinnfälligeren Ausdruck zu verleihen. Es besteht kein Anlaß, von der herrschenden Meinung abzugehen, soweit sie die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung und die Entscheidung des Widerrufsprozesses darauf abstellt, ob objektive Gründe die Kündigung rechtfertigen. Diese Gründe zu nennen liegt aber — solange der Prozeß vor dem ArbG. Parteiprozeß ist — einzig in der Hand des Unternehmers. Der Unternehmer ist nicht nur moralisch verpflichtet, Klarheit zu schaffen, welche Gründe für ihn maßgebend waren, sondern insofern auch rechtlich, als ihm verwehrt ist, auf zunächst verschwiegene Gründe später zurückzukommen. Es ist eine unwürdige und dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden widersprechende Vorstellung, daß der Betriebsführer berechtigt wäre, seine verschiedenen Kündigungsgründe wie ein geschickter Kartenspieler seine Trümpfe im Laufe des Rechtsstreites nach Bedarf auszuspielen, denn in der Kündigung liegt häufig ein Angriff auf die soziale Ehre des Gekündigten. Dieser muß auch, bevor er die Klage erhebt, wissen, gegen welche Kündigungsgründe er anzukämpfen habe. Gründe, die der Betriebsführer dem Gekündigten zunächst verschweigt, können nachträglich die Kündigung nicht stützen. Das Recht, aus diesen Gründen zu kündigen, hat der Betriebsführer verwirkt[5]).

Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer von der in einer außerordentlichen Kündigung normalerweise enthaltenen fristgemäßen Kündigung nachträglich Gebrauch machen will. Stützt er die fristlose Entlassung zunächst nur auf einen bestimmten Grund und zeigt der hierüber entbrennende Rechtsstreit, daß er mit diesem Grunde nicht durchdringen werde, dann darf er keine anderen, ihm bereits im Zeitpunkt der Kündigung bekannten Gründe nachschieben, auch wenn er jetzt nur mehr die normale Kündigung damit rechtfertigen will. Er kann z. B. in einem Rechtsstreit, in dem der Gekündigte die Feststellung begehrt, daß die wegen Unterschlagung ausgesprochene fristlose Entlassung unbegründet sei, nicht nachträglich, wenn er den Verlust dieses Rechtsstreites befürchten muß, plötzlich unter Beweis stellen, daß er den Gekündigten auch wegen seiner schlechten Leistungen gekündigt hätte.

c) Das Nachschieben von Kündigungsgründen

Der Unternehmer kann dem Gekündigten natürlich nur die Gründe mitteilen, die ihm selbst bekannt sind. Erlangt er im Laufe des Rechtsstreites von weiteren Tatsachen Kenntnis, die allein oder i. Verb. m. mit den bekannten Gründen eine Kündigung rechtfertigen, kann er diese Gründe noch nachträglich vortragen. Hier zeigt sich deutlich, daß es nicht auf den Beweggrund des Kündigenden, sondern auf die objektive Sachlage ankommt. Dabei ist zu beachten, daß die nachträglich bekanntgewordenen Gründe auf Tatsachen beruhen müssen, die vor dem Ausspruch der ersten Kündigung liegen. Sind sie erst später eingetreten, lassen sie höchstens die früheren Gründe in einem anderen Licht erscheinen, begründen aber für sich betrachtet nur eine neue Kündigung. Zur Begründung der ursprünglichen Kündigung können sie nicht herangezogen werden[6]). Die auf eine Entsch. des RG. aus dem Jahre 1893[7]) zurückgehende herrschende Meinung nimmt an, daß diese neuen Gründe zwar auf die frühere Kündigung zurückbezogen werden dürfen, daß die frühere Kündigung aber erst von dem Zeitpunkt an wirkt, in dem die neuen Gründe geltend gemacht werden[8]). Die Entsch. des Jahres 1893, auf die alle späteren teils ausdrücklich, teils indirekt zurückverweisen, befaßt sich gar nicht mit der Frage, ob eine Kündigung auf Gründe gestützt werden kann, die erst nach der Kündigung eintreten, sondern mit dem Problem, welche Bedeutung solche späteren Gründe für einen Schadenersatzanspruch nach § 408 ALR. haben. Logisch ist die Konstruktion einer Rückbeziehung späterer Gründe auf eine ausgesprochene Kündigung jedenfalls nicht. Wenn die Ber. auf spätere Gründe aber nur die Wirkung hat, daß die frühere Kündigung erst mit dem Zeitpunkt in Kraft tritt, in dem die neuen Gründe ausdrücklich geltend gemacht werden, so spielt die ganze Frage praktisch nur dann eine Rolle, wenn die Kündigung vertraglich oder durch Tarifordnung an eine besondere Form gebunden ist. Hier wird aber meist auch dann von einer Wiederholung der vorgeschriebenen Form abgesehen werden können, wenn man die Ber. auf die neuen Gründe richtig als neue Kündigung auffaßt. Die Form wird dadurch gewahrt sein, daß sich der Kündigende bei der zweiten Kündigung auf die formrichtig ausgesprochene erste Kündigung bezieht.

Nicht nur für die außerordentliche Kündigung, sondern auch für die normale Kündigung gilt der Satz, daß Kündigungsgründe, die nach Wirksamwerden der ersten Kündigung entstehen, nicht zur Rechtfertigung der ersten Kündigung, wohl aber zur Begründung einer neuen dienen können. Die Kündigungsfrist läuft vom Zeitpunkt der neuen Kündigung ab. Die neue Kündigung wirkt nur für den Fall, daß die erste, den Gegenstand des Rechtsstreits bildende, nicht anerkannt wird. Die spätere Kündigung ist eine vorsorgliche, die im Gegensatz zur bedingten unbeschränkt zulässig ist. Die zweite Kündigung ist unbedingt ausgesprochen, sie kann aber nur dann Bedeutung gewinnen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht schon durch die frühere Kündigung beendet ist[9]). Für die Zeit zwischen

[3]) RGZ.: ArbRSamml. 27 (RArbG.), 14.

[4]) Vgl. Schoan, „Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliche Treuegemeinschaft“: AkadZ. 1936, 709.

[5]) So Hueck-Nipperdey, Lehrb. (1. Aufl.) Bd. 1 S. 318; ArbG. Berlin: ArbRspr. 1935, 360; RArbG.: a. M. RGZ. 88, 127 = JW. 1916, 744.

[6]) So für die außerordentliche Kündigung Molitor in „Die Kündigung“ S. 193.

[7]) RGZ. 32, 249.

[8]) RG.: JW. 1928, 2910.

[9]) Auch wenn man in der zweiten Kündigung eine bedingte erblicken wollte, würden gegen ihre Zulässigkeit keine Bedenken bestehen, da der Gekündigte in keine ungewisse Lage gebracht würde. Molitor a. a. O. S. 83; Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 260; Staudinger, Komm. zum BGB., Vorbem. III 1 f vor § 620.

der ersten und der zweiten Kündigung und bei normaler Kündigung für die neu laufende Kündigungsfrist muß Lohn oder Gehalt bezahlt werden.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Zur Rechtfertigung einer Kündigung können alle objektiven Gründe herangezogen werden, die vor der Kündigung entstanden sind, nicht unangemessen weit zurückliegen oder durch anfängliches Verschweigen verwirkt sind.

III. Bedeutung des Kündigungsgrundes für das Kündigungsrecht des Unternehmers

a) Abgrenzung der außerordentlichen von der ordentlichen Kündigung

Da das geltende Rechtssystem zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung unterscheidet und an diese Unterscheidung wichtige Rechtsfolgen knüpft, müssen diese beiden Begriffe gegeneinander abgegrenzt werden. Die außerordentliche Kündigung ist meist eine fristlose, die normale ist meist an eine Frist gebunden. Das sind aber nur äußerliche Unterscheidungsmerkmale, die gelegentlich auch einmal nicht zutreffen. Der zur fristlosen Kündigung Berechtigte kann dem Gekündigten eine Frist zubilligen, die Frist für die normale Kündigung kann vertraglich oder tariflich auf einen Tag herabgesetzt werden. Der wesentliche Unterschied zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung liegt, wie sich weiter unten ergeben wird, in dem Grad der Abhängigkeit von einem Kündigungsgrund. Je mehr man in der Kündigung in erster Linie die Lösung des Bandes der Betriebsgemeinschaft, die Ausstoßung aus dem Treueverhältnis erblickt, desto unwesentlicher wird der heute noch bestehende Unterschied werden[10]). Es hat übrigens auch bisher nicht an gegenseitigen Überschneidungen gefehlt.

So wird ein Verzicht auf das Recht zur außerordentlichen Kündigung dann angenommen, wenn der Berechtigte statt der außerordentlichen eine normale Kündigung ausgesprochen hat. Er kann dann später die normale Kündigung nicht mehr in eine außerordentliche umwandeln, auch wenn die Gründe für die fristlose Kündigung ausreichen würden[11]).

Kann der Unternehmer keinen Grund zur fristlosen Kündigung nachweisen, so ist die fristlose Entlassung als solche unwirksam, hat aber in der Regel die Wirkung einer normalen Kündigung. Ausnahmen kommen vor. Vor allem dann, wenn die normale Kündigung aus bestimmten Gründen nicht zulässig oder an besondere Voraussetzungen geknüpft ist, kann in der fristlosen Entlassung nicht gleichzeitig eine normale erblickt werden. So z. B. in der fristlosen Entlassung eines Schwerbeschädigten. Aber auch dann, wenn die fristlose Kündigung auf eine bestimmte einmalige Tatsache gestützt wird und wenn sich erweist, daß die belastende Tatsache vom Unternehmer zu Unrecht angenommen wurde, kann unter Umständen eine gleichzeitige, stillschweigende, normale Kündigung verneint werden[12]). Rechtlich liegt in einer fristlosen Kündigung nicht notwendig eine normale inbegriffen. Sie hat nur deshalb in der Regel diese Wirkung, weil anzunehmen ist, daß derjenige, der fristlos kündigt, das Arbeitsverhältnis auf alle Fälle mit dem Gekündigten nicht fortsetzen will. Neuerdings halten sich einige Gerichte für befugt, nach freiem Ermessen eine Kündigungsfrist festzusetzen, wenn die fristlose Entlassung als solche unbegründet ist, wenn aber die normale oder vertraglich festgesetzte Frist aus besonderen Gründen unangemessen lang erscheint[13]).

b) Kündigungsgründe und außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung ist nur zulässig, wenn ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt. In der Regel verlangt das Gesetz einen „wichtigen" Grund (§ 626 BGB., § 70 HGB., § 133 b GewO.), bei den gewerblichen Arbeitern sind die Gründe genau bestimmt (§ 123 GewO.[14])). Liegen Gründe zur fristlosen Entlassung vor, so erlischt das Arbeitsverhältnis nicht von selbst, sondern nur, wenn der Berechtigte die fristlose Entlassung eindeutig ausspricht. Anderenteils muß natürlich auch der Gekündigte sich gegen die fristlose Entlassung ausdrücklich verwahren, wenn der Mangel eines geeigneten Kündigungsgrundes in Erscheinung treten soll. Kann der Unternehmer keinen ausreichenden Grund nachweisen, so ist die Kündigung nichtig, das Arbeitsverhältnis besteht ungekündigt fort.

c) Kündigungsgrund und normale Kündigung

1. Hat die normale Kündigung einen Grund zur Voraussetzung?

Die normale Kündigung bedarf, um rechtswirksam zu sein, keines Kündigungsgrundes. Das ArbG. Berlin hat zwar mit Recht einmal darauf hingewiesen, daß die Kündigung nicht nur die Auflösung eines gegenseitigen Vertrages, sondern die Ausschließung aus der Gemeinschaft bedeutet, in der das Gefolgschaftsmitglied nicht nur Arbeit und Brot, sondern Lebensinhalt, Lebensziel, kameradschaftliche Zusammenarbeit für Volk und Nation fand[15]). Wenn man aber an diese Erkenntnis die Rechtsfolgerung knüpft, daß die Ausschließung grundsätzlich nur erfolgen dürfe, wenn das Gemeinschaftsmitglied sich gemeinschaftswidrig verhält oder die Zwecke des Betriebs dies unabweisbar fordern, so setzt man sich damit über die vom nationalsozialistischen Gesetzgeber aufgestellten Normen hinweg. Die Regelung des Widerrufsverfahrens geht von dem Grundgedanken aus, daß die Wirksamkeit der normalen Kündigung durch das Fehlen geeigneter Gründe nicht beeinträchtigt wird. Dies geht besonders deutlich aus der Neufassung des § 58 ArbOG. hervor, der selbst für den besonders krassen Fall, daß die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Ausnutzung der Machtstellung im Betrieb ausgesprochen wurde, nur eine Erhöhung der Entschädigung vorsieht, die der Unternehmer zahlen muß, wenn er den Widerruf der Kündigung ablehnt. Die vom ArbG. Berlin vorgetragenen Gründe werden praktisch auch nur bei einem länger dauernden Arbeitsverhältnis zutreffen. Wer erst ein paar Monate in einem Betrieb tätig ist, kann mit der Betriebsgemeinschaft noch nicht besonders stark verwachsen sein. Darum hat der Gesetzgeber in § 56 ArbOG. die Frist von einem Jahr bestimmt, innerhalb der sich der Gefolgsmann den Kündigungsschutz erst verdienen muß.

Das RArbG. hat einmal in einer Kündigung deshalb einen Verstoß gegen die guten Sitten erblickt, weil sie ohne Angabe von Gründen ausgesprochen worden war. Es war hierbei an die tatsächlichen Feststellungen des LArbG. gebunden, das aus der Tatsache, daß der Bekl. weder bei der Kündigung noch vor Gericht einen Grund für die Kündigung angab, schloß, er habe aus einem unsachlichen, nicht zu billigenden Grunde gekündigt. Aus dieser Entsch. kann also nicht der Schluß gezogen werden, eine normale Kündigung bedürfe zu ihrer Wirksamkeit eines Grundes.

2. Die nichtige Kündigung.

Allerdings kann auch der Fall eintreten, daß eine Kündigung nach § 138 BGB. nichtig ist. Dies gilt für außerordentliche und normale Kündigung. Da jede außerordentliche Kündigung nichtig ist, die der Unternehmer nicht hinreichend begründen kann, spielt bei dieser die Frage kaum eine Rolle. Es kann aber immerhin vorkommen, daß eine nach Gesetz und Betriebsordnung zulässige fristlose Kündigung im Einzelfall

---

[10]) Siebert a. a. O. S. 115.

[11]) Herrschende Meinung; vgl. RGZ. 149, 202 = JW. 1936, 877[18]; RArbG.: JW. 1936, 2764[71].

[12]) RArbG. 14, 211; 15, 112; vgl. auch RArbG.: JW. 1936, 2764[74].

[13]) ArbG. Hamburg: JW. 1936, 2429[50].

[14]) Die Rechtsprechung erweitert die Reihe der dort aufgeführten Gründe neuerdings durch den Grund der staatsfeindlichen Gesinnung. Da das ganze nationalsozialistische Recht in erster Linie dem Nutzen des deutschen Volkes zu dienen hat, wird man die formaljuristisch gegen eine solche Erweiterung zu erhebenden Bedenken zurückzustellen haben. Vgl. ArbG. Hindenburg: JW. 1936, 2012[10].

[15]) ArbG. Berlin: DR. 1935, 261.

aus besonderen Gründen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam ist[16]).

Die Kündigung ist nichtig, wenn sie nach Beweggrund und Zweck gegen die guten Sitten verstößt[17]). Dies ist der einzige Fall, in dem der wahre Beweggrund der Kündigung rechtlich eine Rolle spielt. Wann der Beweggrund gegen die guten Sitten verstößt, ist Tatfrage. Die Kündigung muß das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzen. Dem Richter sind aber, wie erwähnt, insofern Ermessensgrenzen gezogen, als er an die Auffassung des nationalsozialistischen Gesetzgebers über die Bedeutung des Kündigungsgrundes gebunden ist, soweit diese aus dem Gesetzestext hervorgeht. Aus § 58 ArbOG. ergibt sich z. B., daß nicht jede willkürliche, aus „nichtigen" Gründen ausgesprochene Kündigung nach § 138 BGB. nichtig sein kann[18]).

3. Kündigungsgründe und Widerrufsklage.

Hängt die Wirksamkeit einer normalen Kündigung nicht von einem Kündigungsgrund ab, darf der Unternehmer den Arbeiter doch nicht grundlos entlassen. Er würde gegen seine sozialen Pflichten als Betriebsführer verstoßen und sich damit ehrengerichtlicher Verfolgung aussetzen. Wenn die Voraussetzungen der Widerrufsklage nach § 56 ArbOG. in formeller Beziehung gegeben sind, muß er auch damit rechnen, mit einer solchen Klage überzogen zu werden. Der Zweck des Widerrufsprozesses ist, den Unternehmer zum Widerruf der Kündigung zu veranlassen. Für den Ausgang dieses Rechtsstreits ist der Kündigungsgrund von ausschlaggebender Bedeutung. Besonders aus der Verteilung der Beweislast läßt sich ein Bild des Verhältnisses des Kündigungsgrundes zur Kündigung gewinnen. Es gelten die allgemeinen Beweislastregeln, der Kl. müßte also die Tatsachen beweisen, aus denen sich die unbillige Härte und der Mangel der Betriebsbedingtheit ergäbe. Hier zeigt es sich aber, daß die Kündigung eines Grundes bedarf, wenn sie nicht prima facie als unbillig gelten soll. Der Kl. hat deshalb tatsächlich nur zu beweisen, daß ihn die Kündigung hart treffe, der Unternehmer aber, daß die Kündigung begründet sei, weil sie die Verhältnisse des Betriebes erforderten oder weil der Gekündigte selbst Anlaß zur Kündigung gegeben habe[19]). Eine Beweisaufnahme über die Härte der Kündigung ist in der Regel nicht nötig. Doch ist zu beachten, daß bei dem auf manchen Gebieten herrschenden Facharbeitermangel unter Umständen damit gerechnet werden kann, daß der Gekündigte ohne Schwierigkeit eine neue Stellung finden könnte, wodurch der Kündigung die Härte genommen wäre. Dagegen muß über die Betriebsbedingtheit und Billigkeit der Kündigung meist Beweis erhoben werden. Häufig hat die Widerrufsklage nur deshalb Erfolg, weil es dem Unternehmer nicht gelingt, seine Kündigungsgründe zu beweisen. Diese „Umkehrung der Beweislast" ist nur scheinbar und durchaus nicht willkürlich[20]). Der Kl. behauptet, die Kündigung sei unbegründet. Der Bekl. behauptet, sie sei begründet. Eine Kündigung ohne Gründe ist unbillig. Der Bekl. muß also die Tatsachen beweisen, die die Kündigung begründen. Vermag er das nicht, so ist ohne weiteres erwiesen, daß die Kündigung unbillig ist. Praktisch wäre es ja auch dem Kl. unmöglich zu beweisen, daß er keinen Grund zur Kündigung gegeben habe. Er kann nur beweisen, daß die vom Bekl. behaupteten Gründe nicht zutreffen. Nach allgemeinen Beweisregeln ist aber der Bekl. primär beweispflichtig, dafür, daß die behaupteten Gründe zutreffen. Denn er leitet sein Recht zur Kündigung von diesen behaupteten Tatsachen her, seien es nun die Verhältnisse des Betriebes oder die Leistungen und das Verhalten des Bekl.

Robert Franke hat an dieser Stelle in zwei eingehenden Aufsätzen die richterliche Nachprüfung der Betriebsverhältnisse behandelt und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß der Unternehmer nicht nur beweisen muß, daß die Kündigung durch die Betriebsverhältnisse bedingt war, sondern auch, daß er ohne Gefährdung des Betriebs die Kündigung auch durch keine „Abbauverhütungsmaßnahme" vermeiden könne[21]). Die sehr schwierige Frage, wieweit hier aus sozialen Gründen dem Unternehmer Eingriffe in sein wirtschaftliches Selbstbestimmungsrecht zugemutet werden können, muß wohl in jedem einzelnen Fall neu gelöst werden. Wer sich die Fülle der in den erwähnten Aufsätzen aufgezeigten Probleme vor Augen hält, wird ohne weiteres erkennen, daß es undenkbar ist, dem einfachen Arbeiter die Beweislast dafür aufzubürden, daß die Kündigung nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt sei.

Schwierigkeiten bereitet auch die Frage der Verteilung der Beweislast bei der sog. „Austauschklage". Hier genügt der Unternehmer seiner Beweispflicht, wenn er nachweist, daß die Kündigung eines Gefolgsmannes betriebsbedingt ist und daß er bei der Auswahl des zu Kündigenden die allgemein geltenden sozialen Grundsätze nicht außer acht gelassen hat[22]).

Häufig wendet der Unternehmer gegen die Widerrufsklage ein, der Entlassene habe die Kündigung durch sein eigenes Verhalten veranlaßt. Insoweit hat die Kündigung den Charakter der Strafe. Mit Recht hat Breucker auf die Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute hingewiesen[23]). Wie ein Richter Strafe nur verhängen darf, wenn er dem Verbrecher seine Schuld nachgewiesen hat, so muß auch der Unternehmer in einem solchen Falle die Schuld des Gekündigten beweisen. Es hängt also zwar nicht die Wirksamkeit der normalen Kündigung von einem ausreichenden Kündigungsgrund ab, wohl aber ihre Widerstandsfähigkeit gegen eine Widerrufsklage.

Die Wirksamkeit der Kündigung wird auch durch das, den Unternehmer zum Widerruf verpflichtende Urt. nicht berührt. Gleichgültig ist, ob der Unternehmer zum Widerruf verurteilt wird, weil die von ihm vorgetragenen Gründe nicht ausreichen oder nicht erwiesen werden können, oder ob der Gekündigte nachweist, daß der behauptete Kündigungsgrund nicht zutrifft. Das RArbG. hat in zwei Entsch. zum Ausdruck gebracht[24]), daß eine Kündigung, die als Kündigung nach dem BWHG. erfolgt ist, nicht notwendig eine ordentliche Kündigung in sich schließe, wenn die Kündigung nach dem BWHG. nicht gerechtfertigt sei. Diesen Entsch. entnahm die Arbeitsrechtskartei[25]) den Leitsatz, eine Kündigungserklärung könne durch Grundangabe so beschränkt werden, daß die Kündigung nur dann gelte, wenn der angegebene Kündigungsgrund auch vorliege. Das RArbG. hat offenbar einen Leitsatz so allgemeiner Art nicht aufstellen wollen, wie dies auch aus den Überschriften in der amtlichen Sammlung hervorgeht. Das RArbG. sagt in den Gründen der zweiten Entsch. ausdrücklich, es könne regelmäßig in einer außerordentlichen, auf Bestimmungen des BWHG. und der 2. DurchfVO. gestützten Kündigung, die auf ihre Berechtigung nur im Verwaltungsverfahren, nicht aber vom Gericht nachgeprüft werden dürfe, nicht eine ordentliche, nur vom Gericht nachprüfbare Kündigung gefunden werden. Nicht, weil der Betriebsführer die Kündigung auf einen bestimmten Grund gestützt hatte, sondern, weil die Kündigung auf Grund des BWHG. in einem besonderen Verfahren geregelt ist, hat das RArbG. in dieser Kündigung nicht zugleich eine normale Kündigung erblicken können. Wäre die verallgemeinernde Auslegung zutreffend, so müßte in zahlreichen Widerrufsklagen das Gericht, statt den Unternehmer zum Widerruf der Kündigung zu verurteilen, die Feststellung treffen, daß die ausgesprochene Kündigung unwirksam sei, weil der behauptete Kündigungsgrund nicht vorliege. Damit würde aber der Grundsatz, daß eine normale Kündigung, um rechtswirksam zu sein, keines Grundes bedürfe, aufgehoben sein. Das zum Widerruf verpflichtende Urt. bietet dem Unternehmer die

[16]) RArbG.: JW. 1936, 2015.
[17]) RArbG. 16, 179 = JW. 1936, 2012[10].
[18]) RArbG. 16, 192.
[19]) So im Ergebnis Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm. zum ArbOG. § 56 Anm. 16; ArbRKart.: Beweislast, Einzelfälle 1 VII; a. M. Dersch, Komm. zum ArbOG. § 56 Anm. 12e; Mansfeld-Pohl, Komm. zum ArbOG. § 56 Anm. 2.
[20]) So Mansfeld a. a. O.
[21]) JW. 1936, 1184, 2690.
[22]) Vgl. Jagusch: DArbR. 1935, 244.
[23]) JW. 1936, 1189.
[24]) RArbG. 14, 211; 15, 112.
[25]) ArbRKart.: Kündigung II Einzelfälle 2 und 4; vgl. insbes. die Anm. von Molitor zur ersten der beiden Entscheidungen.

Möglichkeit, die Kündigung zu widerrufen. Lehnt er den Widerruf ab, muß er eine Entschädigung bezahlen. Der Mangel eines Kündigungsgrundes bringt dem Kündigenden wirtschaftliche Nachteile, er verliert den Widerrufsprozeß, muß den Gekündigten wieder einstellen und für die Zwischenzeit bezahlen oder sich durch eine Entschädigung von dieser Verpflichtung loskaufen.

Die interessante Frage, wieweit der Treuegedanke bei einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung in Erscheinung tritt, kann hier nur gestreift werden. Das Recht, aus wichtigem Grunde fristlos zu kündigen, ist für den Arbeitnehmer ähnlich geregelt wie für den Arbeitgeber. Man wird deshalb auch hier die über die Notwendigkeit rechtzeitiger Kündigung und über das Nachschieben von Kündigungsgründen entwickelten Sätze anzuwenden haben. Denkbar wäre auch eine nach § 138 BGB. nichtige Kündigung, wenn in der Kündigung ein grober Verstoß gegen die Treupflicht zu erblicken wäre. Davon abgesehen wird bei der normalen Kündigung des Gefolgschaftsmitgliedes der Treuegedanke, obwohl man begriffsmäßig dies eigentlich erwarten sollte, kaum in Erscheinung treten. Der Gefolgsmann kann ohne Grund kündigen. Dem arbeitenden Menschen darf nicht verwehrt werden, seinen Schaffenskreis zu erweitern, seinen Verdienst zu erhöhen, auch wenn das Interesse des Betriebes darunter leidet. Die Frage gewinnt mit dem fühlbaren Facharbeitermangel an Bedeutung und spielt in der Landwirtschaft schon heute eine gewisse Rolle[26]. Es ließe sich eine gesetzliche Regelung denken, in der die Treuepflicht des Gefolgsmannes auch bei der normalen Kündigung Beachtung finden würde, indem etwa Kündigungen, durch die der Fortbestand eines volkswirtschaftlich wertvollen Betriebes gefährdet würde, an angemessene, über die normalen Kündigungsfristen hinausgehende Fristen gebunden würde. Das Streben des einzelnen nach Kraftentfaltung kann vom Standpunkt der Allgemeinheit aus nur gebilligt werden, solange es dem Volksganzen zum Vorteile gereicht.

[26]) Vgl. Erklärung des Treuhänders der Arbeit für Sachsen vom 10. Juli 1936: Amtl. Mitt. 1936 Nr. 27—28 S. 228; ArbRKart.: Tagesfragen 279. Der Treuhänder weist darauf hin, daß auch die fristgemäße Kündigung seitens eines Gefolgschaftsmitgliedes während der Ernte höchst unerwünscht sei und daß er sich deshalb entschlossen habe, in einer Tarifordnung den Jahresarbeitsvertrag vorzusehen.

Wertreklame

Beitrag zur Frage der unzulässigen Zugabe

A.

Von Dr. jur. Ernst Schäfer, Berlin

Die zahlreichen Erörterungen über die Zugabe und ihr Verbot gerade in letzter Zeit beweisen die wenig klare Fassung der ZugabeVO. v. 9. März 1932. Man braucht sich um so weniger zu scheuen, dies klar auszusprechen, als durch das ZugabeG. vom 12. Mai 1933 die Mangelhaftigkeit der VO. ohne weiters anerkannt ist. Jedoch die VO. besteht. Das nötigt Rechtsprechung und Schrifttum unablässig, an einer wirtschaftsverständigen Auslegung zu arbeiten, die den beteiligten Wirtschaftskreisen gerecht wird. Zu diesen Kreisen darf man keinesfalls nur den Verkäufer im Einzelhandel und seinen Käufer rechnen, sondern muß gleichberechtigt daneben den Fabrikanten im Verhältnis zum Grossisten und Detaillisten stellen. Nur bei einer solchen Betrachtungsweise wird es möglich sein, eine gerechte Auslegung zu finden. Andererseits liegt gerade hier die Schwierigkeit, denn das, was beim Fabrikanten im Verhältnis zu seinem Kunden gilt, trifft noch lange nicht für die Beziehung vom Einzelhändler zum letzten Verbraucher zu.

Bereits diese Überlegungen lassen den Wert unserer höchstrichterlichen Entscheidungen auf diesem Gebiet bedenklich erscheinen. Die Entscheidungen lassen durchweg unberücksichtigt, ob es sich um den Kreis Fabrikant—Händler oder um den Kreis Händler—Letztverbraucher handelt. Dies mag allerdings seinen Grund darin finden, daß sich die bisherigen Fälle, die zu einer Anrufung unserer höchsten Gerichte führten, meist nur mit dem Kreis Einzelhandel—Letztverbraucher beschäftigten.

Insbesondere verhält es sich so auch in der im übrigen grundlegenden Entscheidung des RG. v. 10. Dez. 1935 (JW. 1936, 713 ¹ m. Anm.). Hier führt das RG. aus:

> „... Es kann deshalb kein Unterschied gemacht werden zwischen einer bloßen ‚Werbegabe' und einer ‚Zugabe'. Der Zweck der ZugabeVO. ist gerade, der sog. ‚Wertreklame' entgegenzutreten."

Es sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß auch diese Entscheidung wieder Zweifel aufwirft, indem sie fortfährt:

> „... Eine Ausnahme stellen allerdings ‚Reklamegegenstände' von geringem Werte dar."

Es erhebt sich, wie sowohl das Schrifttum (vgl. Hecht-Kümpfel, Der Wettbewerb, 1936, S. 591) als auch die Rechtsprechung (vgl. die Zusammenstellung bei Hecht-Kümpfel a. a. O. S. 642) beweisen, sofort die Frage, was unter dem Begriff „von geringem Werte" zu verstehen ist. Die bisherigen Entscheidungen auf diesem Gebiete, die hier mit allen nur möglichen Zahlen arbeiten, erweisen zur Genüge die Unbrauchbarkeit solcher richterlichen Feststellungen für den Mann aus der Wirtschaft. Der Verkäufer einer Ware — sei es nun der Fabrikant, der Grossist oder der Detaillist —, der für seine Ware Bekanntheit und Anziehungskraft sucht, muß einen realeren Maßstab haben.

Man kann es deshalb nur begrüßen, daß die vorliegenden höchstinstanzlichen Urteile insofern noch nicht als letztes Wort zu werten sind, als sie sich ausschließlich mit der „Zugabe" an den endgültigen Verbraucher beschäftigen und die „Wertreklame" im Verhältnis vom Fabrikanten zum Grossisten und Detaillisten unberücksichtigt lassen.

Entscheidungen des letzten Jahres, insbes. das RGUrt. v. 27. März 1936 (JW. 1936, 2073 ¹⁴ m. Anm.), lassen erkennen, daß die Entwicklung noch längst nicht abgeschlossen ist. So heißt es in diesem Urteil:

> „... Es ist der Zweck jeder Reklame, die Aufmerksamkeit des Publikums auf die gewerblichen Leistungen des werbenden Unternehmens zu lenken, und sie ihm nach Preiswürdigkeit und Güte besonders vorteilhaft zu empfehlen."

Und an einer anderen Stelle:

> „... Unlauterkeit besteht nicht schon dann, wenn die Überlegenheit der Werbung lediglich auf der Höhe des Aufwandes beruht, den der Wettbewerber dafür einsetzen kann, und andere als die wirtschaftlich Schwächeren nicht imstande sind, es dem gleich zu tun."

Abschließend stellt das RG. folgerichtig fest, daß man von einem unlauteren Verhalten erst dann sprechen könne, wenn ein Unternehmen seine Waren, deren bestimmungsmäßiger Zweck darin besteht, dem Verbraucher auf dem Wege eines entgeltlichen Umsatzgeschäftes zugeführt zu werden, verschenkt.

Obwohl diese Entscheidung lediglich auf die Bestimmungen des UnlWG. abgestellt ist, erscheint sie doch für das hier aufgeworfene Thema äußerst beachtlich; denn es kann mit Hecht (JW. 1936, 2899) ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß das, was durch die ZugabeVO. gerade bekämpft werden sollte, ebensogut mit Hilfe des § 1 UnlWG. und seiner Generalklausel beseitigt werden kann.

Schließt man sich dieser Ansicht an, so wird man zugeben müssen, daß das RGUrt. v. 10. Dez. 1935 in seiner allgemein gehaltenen Fassung äußerst bedenklich ist. Insbesondere wird man nur dann die „Werbegabe" der „Zugabe" gleichsetzen können, wenn sie sich an den unmittelbaren Verbraucher wendet, und — wenigstens in ihrer äußeren Aufmachung — von jeder „Reklame" frei ist.

So wird man einen mit einem Firmenaufdruck versehenen Luftballon unabhängig von § 1 Abs. 2 Ziff. a der VO. niemals

als eine unzulässige Zugabe ansehen können, da sie sich zwar an den unmittelbaren Verbraucher wendet, nicht aber frei von jeder Reklame ist.

Diese Folgerung mag im ersten Augenblick zu weitgehend erscheinen und zu einer Ablehnung Veranlassung bieten, denn ihr folgend könnte man zu dem Ergebnis kommen, daß jede „Zugabe“ für zulässig zu halten sei, die sich durch Hinzufügung eines Werbeaufdruckes als „Werbegabe“ darstellt. Man könnte mithin zu dem Ergebnis kommen, daß es auf den Wert der „Zugabe“ überhaupt nicht ankomme bei der Frage ihrer Zulässigkeit, sofern sie nur irgendwie als Reklame anzusehen sei. Einer derartigen Folgerung würde jedoch sowohl der Sinn wie auch der insoweit eindeutige Wortlaut der VO. widersprechen. Denn § 1 Abs. 2 Ziff. a spricht ausdrücklich von „geringwertigen Kleinigkeiten“. Aus diesem Grunde muß die oben gezogene Folgerung dahin eingeschränkt werden, daß auch die „Werbegabe“ in einem gewissen Wertverhältnis zu der verkauften Ware stehen muß, um nicht als unzulässige „Zugabe“ zu erscheinen. Und hierin dürfte der Kern der Frage, was als geringwertig anzusehen ist, zu finden sein. Nicht abstrakte Zahlen sind hier entscheidend, sondern das jeweilige Verhältnis der „Zugabe“ zur verkauften Ware. Und dieses Verhältnis wird noch eine andere Beurteilung zu finden haben, wenn sich die „Zugabe“ als eine „Werbegabe“ darstellt. Denn es wird ernstlich nicht bestritten werden können, daß jeder Gegenstand in seinem Werte beträchtlich durch Hinzufügung eines Werbeaufdruckes sinkt.

Ein Beispiel mag die bisherigen Ausführungen näher erhellen.

Wird der Hausfrau beim Einkauf eines Kilo Kaffee eine neusilberne Kaffeekanne „zugegeben“, so ist dies eine unzulässige „Zugabe“. Wird ihr diese Kaffekanne mit einem Aufdruck der in Frage kommenden Kaffefirma „zugegeben“, so überschreitet hier trotz des Werbeaufdruckes der Gebrauchswert die Geringwertigkeitsgrenze, und es steht nicht mehr im Vordergrund die Reklame, sondern der Materialwert. Folglich muß auch diese „Zugabe“, obwohl sie den Anstrich einer „Werbegabe“ hat, als gesetzwidrig bezeichnet werden. Erhält die Hausfrau dagegen bei dem gleichen Einkauf lediglich eine Porzellantasse, so kann die Entscheidung schon zweifelhaft sein. Man wird, bevor man hier eine Entscheidung trifft, sich über die Güte des Porzellans informieren müssen und es auf das Verhältnis des Tassenwertes zum Kaffeewert abstellen müssen. Ist jedoch die Tasse mit der Aufschrift der in Frage kommenden Kaffeefirma versehen, so ist der absolute Wert der Tasse so entwertet, daß ihm keine wesentliche Bedeutung im Verhältnis zum Werte des Kaffees beigemessen werden kann, und folglich würde die „Zugabe“ in diesem Falle als zulässig anzusehen sein.

Diese Beispiele ließen sich beliebig ergänzen. Doch bereits diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, daß bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer „Zugabe“ sowohl in der Rechtsprechung wie in dem bisherigen Schrifttum viel zu wenig die Unterscheidung zwischen einer „Zugabe“ und einer „Werbegabe“ beachtet worden ist. Werbung als Bestandteil des Wortes „Werbegabe“ ist lediglich die deutsche Übersetzung für Reklame. Die Entwertung eines Gegenstandes durch Reklame kann aber nicht bezweifelt werden.

Auch Culemann (JW. 1936, 2969), der sich eingehend mit dem Begriff der „Zugabe“ auseinandergesetzt hat, geht m. E. an dieser Überlegung vorbei. Er zerlegt den Zugabebegriff zwar in seine Bestandteile, läßt aber den Unterschied der „Zugabe“ zur „Werbegabe“ unberücksichtigt. Gerade das Urteil des RG. v. 27. März 1936 beweist, daß diese Gedankengänge angestellt werden müssen, will man nicht unserer Werbung den Weg zur Fortentwicklung abschneiden.

Das, was bisher gesagt ist, muß in noch viel großzügigerer Weise Anwendung finden im Verhältnis vom Fabrikanten zum Grossisten und Detaillisten.

Die „Werbegaben“, die hier als „Zugaben“ in Frage kommen, müssen ihrer Natur nach völlig andersartig sein als die im Kleinhandel in Frage kommenden. Einem Grossisten oder Detaillisten gegenüber würde eine Luftballon- oder Bonbonzugabe lächerlich wirken. Solche Leute, die dem Fabrikanten Aufträge über 100,00 1000,00 und mehr Reichsmark bringen, müssen in jeder Hinsicht anders behandelt werden, als der unmittelbare Verbraucher.

Aus dieser Erwägung heraus hat die InduHK. Berlin es z. B. für eine zulässige „Zugabe“ erklärt, wenn Likörfabrikanten den Wirten Likörgläser, Bieruntersätze, Aschenbecher, Streichholzbehälter usw., die mit der in Frage kommenden Firmenbezeichnung versehen sind, „zugeben“, sofern eine gleichzeitige Abnahme entsprechender Mengen Liköre erfolgt. Entsprechend den obigen Ausführungen hat die IndUHK. dagegen die „Zugabe“ unbeschrifteter Gläser als unzulässig nach § 1 VO. bezeichnet, da diese sich als ein Überlassen von Einrichtungsgegenständen ohne Entgelt beim Kauf einer anderen Ware darstellen würde.

Auch die IndUHK. trifft somit die bisher viel zu wenig beachtete, aber nichtsdestoweniger unumgänglich notwendige Unterscheidung zwischen einer „Werbegabe“ und einer „Zugabe“.

Abschließend ist somit festzustellen: das Fehlen jeder gesetzlichen Begriffsbestimmung des Wortes „Zugabe“ bedingt in sich die Notwendigkeit, einen jeden Fall einer gesonderten Nachprüfung zu unterziehen. Die Wirtschaft und alle mit ihr verbundenen Zweige sind zu feinnervig, als daß sie in irgendwelche Schemen eingespannt werden könnten. Will man wirtschaftspolitisch auch als Rechtswahrer fördernd tätig sein, so muß man sich gerade hier hüten, eine Entscheidung vom grünen Tisch aus zu treffen. Es ist auch nicht möglich, derartige Fälle mittels Zahlenkatalogen oder allgemein verbindlichen Thesen wie „Werbegabe“ gleich „Zugabe“ zu entscheiden. Wirklichen Sinn hat nur ein Urteil, das aus dem Kennen und Verstehen der praktischen Bedürfnisse und der daraus für den Wirtschaftspraktiker entspringende Notwendigkeit kommt. Die Tatsache, daß in der ZugabeVO. eine Bestimmung des Begriffs der Zugabe fehlt, gibt niemandem das Recht, durch rein äußerliche formal-juristische Handhabung dieses Gesetzes über seinen Zweck und Sinn hinauszuschießen.

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Culemann, Düsseldorf

Wenn auch die Dentalhandlungen, gegen die das Urteil vom 10. Dez. 1935 ergangen ist, in der Organisation der gewerblichen Wirtschaft als Großhandlungen erfaßt und behandelt werden, denen die Zahnärzte nicht als Letztverbraucher, sondern als Weiterverarbeiter gegenüberstehen, so ist doch Schäfers Gedanke, daß die Sphäre vom Großhändler zum Weiterverarbeiter, vom Fabrikanten zum Großhändler oder zum Einzelhändler zugaberechtlich nicht mit dem gleichen Maßstab gemessen werden kann, wie die Sphäre vom Einzelhändler zum letzten Verbraucher, richtig. Da jedoch, wie Schäfer zutreffend hervorhebt, jahrelang eine schematische und gewollt äußerliche Auslegung der ZugabeVO. getrieben worden ist, so konnte sich bisher der Gedanke von der unterschiedlichen Würdigung der Sphären in Rechtsprechung und Schrifttum wenig zur Geltung bringen.

Allmählich bricht sich indessen die Erkenntnis Bahn, daß die herrschende Lehre von der absoluten Geringwertigkeitsgrenze uneingeschränkt nur in der Sphäre vom Einzelhändler zum Letztverbraucher am Platze ist. Wo Jahresgesamteinkäufe des Händlers beim Großhändler gemäß dem Urteil v. 10. Dez. 1935 in zugaberechtliche Verbindung, etwa zum Neujahrsgeschenk, zu bringen sind, da ist deshalb auch eine Gabe im Werte von einigen Reichsmark unbedenklich, weil sie weder die Preisvorstellungen des Einkäufers trüben noch seine Aufmerksamkeit von der Vertriebsware auf den Gabenartikel ablenken kann. Diese beiden Motive der ZugabeVO. werden jedenfalls bei der Kiste Zigarren, die der Hamburger Grossist zu Weihnachten seiner Händlerkundschaft verehrt, nicht berührt. Der Schutz des legitimen Handels freilich, dieses dritte Motiv, wird angeschnitten. Indessen nicht in dem Maße und in der Art, die zum Erlaß der ZugabeVO. führten. Es ist ein Unterschied, ob tagtäglich und das ganze Jahr über beim Kaffeekauf den Hausfrauen Porzellangegenstände zugegeben werden, oder ob einem beschränkten Kreis von Stammkunden einmalig im Jahre eine Kiste Zigarren verabfolgt wird. In der Großhandelssphäre kann also deshalb die Geringwertigkeitsgrenze weiter gezogen werden, weil hier die Gefahr einer Verletzung der Gesetzeszwecke, seiner Schutzziele, geringer

ist. Ausgeräumt ist diese Gefahr nicht. Deshalb darf der Kohlengroßhändler nicht etwa als Weihnachsgabe für den Händler ein 50-Liter-Faß Autoöl auswählen; denn der Wert, den diese Gabe verkörpert, ist auch bei einem Jahresgesamtbezug an Kohlen im Rechnungsbetrage von 4000 *RM* geeignet, die Vorstellungen des Kohlenhändlers vom Kohlenpreis zu trüben und seine Aufmerksamkeit von der händlerisch günstigsten Einkaufsquelle auf den Verkäufer abzulenken, der ihm die Kosten der Fahrzeughaltung so beachtlich verbilligt.

Schäfer bezeichnet als „Werbegabe" die mit Werbeaufdruck versehene Gabe und weicht damit von der Ausdrucksweise des Urteils v. 10. Dez. 1935 ab, das in der Werbegabe diejenige Gabe erblickt, die weder mit einem Einzelbezug noch mit dem Gesamtbezug eines längeren Zeitraumes in Verbindung steht. Dies Abweichen von der reichsgerichtlichen Terminologie führt Schäfer an der Frage vorbei, ob auch für die Werbegabe des RG. die unterschiedliche Würdigung je nach der Sphäre gerechtfertigt ist. Schäfers Werbegabe kann sowohl Werbegabe im Sinne des RG. als auch Zugabe sein.

Recht hat Schäfer darin, daß dem Werbeaufdruck zu wenig rechtliche Beachtung zuteil wird. Die Tatsache, daß etwas geschenkt wird, besagt für das Vorliegen einer Zugabe noch nichts. Das Schenken will die ZugabeVO. nicht unterdrücken, sondern nur ein Schenken von Gegenständen aus dem Bereich des legitimen Handels, das zu dem Zwecke erfolgt, die Preisvorstellungen des Käufers zu trüben und seine Aufmerksamkeit von der Hauptleistung auf die im Gewande der Unentgeltlichkeit auftretende Nebenleistung abzulenken. Weil nach dem Sprachgebrauch sowohl ein Reklametext als auch eine Zugabe „Werbung" treiben, deshalb fehlt es so oft an der klaren Unterscheidung des Zwecks einer Gabe. Es kann der beherrschende Zweck einer Gabe sein, dem Lieferanten der Hauptware in das Haus, den Betrieb, das Büro des Abnehmers, einen Werbeträger hineinzubesorgen, der durch seinen Werbetext ständig unentgeltlich Werbung für den Lieferanten treibt. Dieser Zweck kann beherrschend sein. Dann ist für eine Zugabe deshalb kein Raum, weil der beherrschende Zweck über den Charakter der Gabe entscheidet.

Es ist auch möglich und kommt häufig vor, daß der beherrschende Zweck nicht der ist, einen Reklametextträger in den Haushalt, die Gastwirtschaft, das Büro, den Ausstellungsraum des Käufers hinein zu praktizieren, daß vielmehr überwiegender Zweck der ist, den Käufer durch den Geschenkgedanken zu locken und zu verpflichten. Welcher Zweck im Einzelfalle überwiegt, den Vorgang beherrscht, ist Tatfrage. Die Tatumstände ermöglichen die Beurteilung des Zwecks. Wird die silberne Kaffeekanne zum Träger des Reklametextes gemacht, so spricht der hohe Wert des Materials angesichts der Möglichkeit, den Reklamezweck auf weit billigerem Wege zu erreichen, dafür, daß der Gebende mit dem Geschenkgedanken wirken wollte. Wird der einfache Abreißkalender mit dem auffälligen Reklameaufdruck ausgestattet, so zeigt sich, daß bei den Überlegungen des Gebenden der Werbeträgergedanke vorherrscht. Zu fragen ist, ob der gewählte Wert noch für die Erfüllung des Reklameträgerzwecks notwendig ist. Ist das notwendige Maß überschritten, so ist die Annahme berechtigt, daß die Geschenkidee vorherrscht.

Noch ein Bedenken bleibt zu prüfen: Anerkannt, daß der reklamebedruckte billige Taschenspiegel nicht dem Zweck dient, die Preisvorstellungen des Käufers zu trüben und seine Aufmerksamkeit abzulenken, also nicht der Geschenkidee seine Gewährung verdankt, er ist doch jedenfalls eine Gabe, die, nachdem das Hauptgeschäft seinen wirtschaftlichen Sinn bereits erfüllt hat, auf Grund des Hauptgeschäfts dem Käufer gegeben wird, auch ohne dem Hauptgeschäft zu dienen. Der Spiegel könnte deshalb eine Zugabe sein, wenn auch nur eines der Motive der ZugabeVO. verletzt ist, wenn also der legitime Handel berührt ist. Indessen ist der legitime Handel nicht berührt, denn Spiegel mit Reklame liefert er nicht. Freilich liefert der legitime Handel ebensowenig Silberkannen mit Reklameaufdruck. Aber der Aufdruck auf der Silberkanne dient dazu, um dem Vorwurf der Verletzung des legitimen Handels zu entgehen, ist also eine Umgehung, während der Spiegel ausgewählt ist, nicht um dem Publikum einen Gegenstand aus dem Bereich des legitimen Handels im Unentgeltlichkeitsgewande bieten zu können, sondern um den billigsten Werbetextträger zu gewinnen, den das Publikum noch eben annimmt.

Mit Recht weist Schäfer darauf hin, daß der Grossist einen Luftballon als Reklametextträger nicht annimmt. Wohl ist er bereit, einen Marmorbriefbeschwerer mit dem Reklamezeichen des Lieferanten in seinem Büro aufzustellen. Das zur Erreichung der Werbeträgeridee erforderliche Wertmaß ist hier nicht überschritten. Es wäre indessen überschritten bei einem Briefbeschwerer aus Silber. Es ist nicht überschritten, wenn der Fabrikant dem Großhändler ein Fabrikbild in Glas und Holzrahmen gewährt, mag auch der Beschaffungswert des Bildes 15 *RM* sein. Der Repräsentationsgedanke erheischt zudem bei Werbeträgern in der Sphäre Fabrikant zum Großhändler und in der Sphäre Großhändler zum Händler höhere Berücksichtigung als in der Sphäre Händler zum letzten Verbraucher.

Mag man Schäfer auch nicht in allem folgen können, so ist doch der Hinweis auf den Werbetext der Gabe verdienstvoll; und es ist zuzugeben, daß die rechtliche Bedeutung des Werbetextes bisher vielfach unzureichend erkannt worden ist.

Die ausländischen Abwertungen im deutschen Recht

Von Rechtsanwalt Dr. Will Thomas, Krefeld

Die neue Abwertungswelle, die durch viele ausländische Staaten geht, rückt erneut die Frage in den Vordergrund, wie Verträge, in denen eine der inzwischen abgewerteten Währungen eine Rolle spielt, zu beurteilen sind. In dem Zeitpunkt, wo diese Frage wieder lebendig wird, ist die Rechtsprechung zu der gleichen vor Jahren anläßlich der Pfund- und Dollarentwertung entstandenen Frage noch nicht abgeschlossen. Erst in letzterer Zeit ist ja noch die Entscheidung des RG. zu der Bewertung der Dollarschätze des Reichs von 1923 ergangen. Will man sich zu den jetzt aus Anlaß der neuen Abwertungen auftauchenden Problemen eine eigene Stellung verschaffen, die vermutlich dem Standpunkte der deutschen Gerichte entsprechen wird, so muß man versuchen, aus der bisherigen Linie der Rechtsprechung das Grundsätzliche herauszulesen. Hierzu soll nachstehender Überblick behilflich sein:

I. Die erste Frage, die bei jedem einzelnen Falle zu stellen ist, ist die, welches Recht anzuwenden ist.

Soweit es sich um Geschäfte unter Inländern handelt, bei denen das Rechtsgeschäft in Deutschland abgeschlossen und zu erfüllen ist, wird durchweg für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien deutsches Recht anzuwenden sein (RGZ. 145, 53 = JW. 1934, 2330 [2]). Handelt es sich hier nicht um reine Inlandgeschäfte, z. B. ist ein Vertragsteil Ausländer, so ist der Wille der Parteien besonders zu erforschen. Ist keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, so muß er aus verschiedenen Umständen (bisherige Übung der Parteien, Zugrundelegung bestimmter Handelsusancen, Einigung über einen Gerichtsstand usw.) entnommen werden. Im Zweifel ist der Wohnsitz des Schuldners maßgeblich. Ergibt sich, daß ausländisches Recht anzuwenden ist, so ist die Rechtsprechung des betreffenden Landes entscheidend.

Die Stellungnahme ausländischer Gerichte ist bereits durch verschiedene Beiträge in der JW. erläutert (vgl. z. B. für das französische Recht den Aufsatz von RA. Dr. Pfafferott, „Aufwertung französischer Frankenforderungen: JW. 1936, 3027 und für das schweizerische Recht den Aufsatz von RA. Dr. Meyer-Wild, „Die Folgen der Abwertung nach schweizerischem Recht: JW. 1936, 3165).

II. Sachlich ist bei allen Fällen, die inländischem Recht unterliegen, zunächst festzustellen, inwiefern das einzelne Rechtsgeschäft mit der Abwertung zusammenhängt, welche Klausel auf diese Bezug haben kann. Die einzelnen möglichen Formulierungen waren schon bei den bisherigen Abwertungen sehr zahlreich, bei den neuen Abwertungen werden sicherlich wieder neue For-

men hinzukommen. Beispiele solcher bekannt gewordenen Formulierungen sind:

„Die Zahlung muß stets den vollen Goldwert darstellen."
„Zahlbar in Reichsmark, die Reichsmark = 10/42 Dollar."
„Zahlbar in Reichsmark auf fester Dollarbasis, wobei für eine Reichsmark der Wert von 10/42 Dollar zu setzen ist."
„Geschuldet wird Goldmark, eine Goldmark = 10/42 Dollar."
„Grundlage für die Preiserrechnung ist die Reichsmark, die Reichsmark = 1/2790 g Feingold."
„Zahlbar in Schweizer Franken."
„Kursverluste gehen zu Ihren Lasten."
„Zahlbar in Schweizer Franken umgerechnet nach dem Berliner Mittelkurs des Fälligkeitstages."
„Kursverluste, die nach der Einzahlung in Clearing eintreten, trägt der Käufer."

1. Eindeutigkeit besteht nur hinsichtlich solcher Klauseln, für die ein Beispiel oben an erster Stelle mitgeteilt worden ist. Soweit sie in einer solchen oder ähnlichen Form (s. auch Beispiel 4 und 5) zum Ausdruck bringen, daß der Goldwert geschuldet wird, liegt eine sog. Goldwertklausel vor, d. h. die Vereinbarung, es solle als Kaufpreis ein Betrag geschuldet werden, dessen Höhe in Währung ausgedrückt, sich nach dem jeweiligen Kurse des vom Verkäufer anzuschaffenden Goldes zu richten hat (RGZ. 121, 111 = JW. 1928, 1810 [30]). Ist eine Goldwertklausel in diesem Sinne gegeben, so hat der Goldgläubiger Anspruch auf Zahlung des Goldwertes (RG.: JW. 1933, 2583). In dieser Entscheidung hat das RG. auch schon zu der Frage Stellung genommen, ob der Anspruch auf Zahlung des vollen Goldwertes auch dann besteht, wenn der Goldgläubiger wegen entsprechender eigener Eindeckung in Ware im Endergebnis gar keinen Kursverlust erlitten hat oder jedenfalls einen solchen durch richtige Eindeckung hätte vermeiden können. Das RG. hat den Anspruch trotzdem bejaht mit der Begründung, daß der Zahlungsanspruch sich nicht auf Billigkeitserwägungen stütze, sondern durch die Vereinbarung der Goldwertklausel nach dem Vertrag ohne weiteres gerechtfertigt sei.

2. Fehlt eine Goldwertklausel, so ist stets zu untersuchen, was die Parteien mit der in Frage kommenden Klausel erreichen wollten. Voraussetzung für irgendeinen über die abgewertete Summe hinausgehenden Anspruch ist, daß die Parteien mit der fraglichen Klausel eine Wertbeständigkeit der Schuldsumme vereinbaren wollten.

Es liegt auf der Hand, daß heute nach Eintritt der Abwertungen jeder, dem dies günstig ist, behauptet, der Grund zu der fraglichen Klausel sei lediglich gewesen, die Wertbeständigkeit zu sichern. Eine solche allgemeine Behauptung kann naturgemäß niemals ausreichen. Es kommt vielmehr in jedem einzelnen Falle auf die Feststellung an, aus welchem Anlaß die Klausel eingeführt ist. Dies läßt sich, wenn die Klausel auf Verbandsbedingungen beruht, viel leichter klären, als wenn es sich um Sonderbedingungen handelt. Liegen Verbandsbedingungen zugrunde, so können die Urheber der Bedingungen über den mit einer bestimmten Formulierung verfolgten Zweck als Zeugen vernommen werden (so z. B. in OLG. Düsseldorf v. 14. Juni 1934, 4 U 116/33). Auch kann über den Sinn weitverbreiteter Konditionen Gutachten Sachverständiger eingeholt werden. Als Sachverständige kommen Persönlichkeiten in Frage, die über große praktische Erfahrung in der Branche verfügen, ohne unmittelbar einer der Berufsgruppen anzugehören, zu denen die Parteien zählen. Bei Sonderbedingungen innerhalb eines Vertrages muß, wenn schon ältere Verträge mit Verwendung der gleichen Klausel vorliegen, auf die anfängliche Einführung der Klausel zurückgegangen werden.

In den meisten Fällen der früheren Abwertungen, in denen die Absicht der Wertsicherung vorlag, war es so, daß die Sicherung sich ursprünglich auf einen Absturz der Reichsmark, aber nicht auf eine Senkung der ausländischen Währung bezog. Denn man mißtraute ja lediglich der deutschen Währung, während man das Pfund und den Dollar für absolut sicher hielt und gerade wegen dieser vermutlichen Sicherheit gebrauchte. Genau genommen deckte die Sicherungsklausel — die reinen Goldwertklauseln stehen hier nicht in Rede — daher die durch die Abwertung der ausländischen Währung entstandene Differenz gar nicht. Das RG. hat jedoch die Berufung auf diese Unterscheidung nicht zugelassen, und zwar mit der Begründung, da es den Parteien auf wertbeständige Reichsmark angekommen sei, sei das Schicksal der ausländischen Währung auf die Schuld ohne Einfluß (vgl. z. B. sein Urt. v. 23. Okt. 1934, sowie vom 12. Nov. 1934 [JW. 1935, 189] und v. 14. Dez. 1934 [RGZ. 146, 1 = JW. 1935, 852 [3]]).

Die Tatsache, daß die fragliche Klausel tatsächlich der Absicht entspringt, eine Wertbeständigkeit der Schuldsumme zu vereinbaren, genügt allein noch nicht zur Zubilligung eines über den Nennbetrag hinausgehenden Zahlungsanspruches. Ist diese Absicht nämlich nichts weiter als Motiv für die Vereinbarung gewesen, so ist sie ganz belanglos. Ist sie Grundlage des Vertrages gewesen, so kommt ein Anspruch auf Zahlung eines Teiles der Differenz bei bestimmten Umständen in Frage (s. unten). Ohne weiteres Anspruch auf Zahlung des vollen Goldwertes hat der Geldgläubiger dagegen, wenn die weitere Voraussetzung erfüllt ist, daß die Absicht der Wertsicherung Inhalt des Vertrages geworden ist. Maßgebend dafür, ob dies vorliegt, sind die Fassung der Klausel, die Auslegung der Vertragsbestimmungen und die den Vertragsschluß begleitenden Umstände.

In jedem Verfahren, in dem der Geldgläubiger den Anspruch auf Zahlung des vollen Wertes durchsetzen will, kommt es deshalb darauf an, ob er die vorerwähnten beiden Voraussetzungen beweisen kann, daß nämlich:

a) die Klausel von den Parteien gewählt worden ist, um die Wertbeständigkeit zu sichern, und daß außerdem
b) diese Absicht Inhalt des Vertrages geworden ist.

Um einen Überblick über die Rechtsprechung zu den bisherigen Abwertungen zu geben, seien im folgenden die wichtigsten Urteile kurz mitgeteilt:

1. Kaufverträge mit Fakturierung in ausländischer Währung

Im Urt. v. 21. Juni 1933 (RGZ. 141, 212 = JW. 1933, 1644 [2]) hatte das RG. entschieden, daß selbst dann, wenn die Parteien das Pfund wegen seiner Stabilität vereinbart hatten, alsdann „die Annahme einer Fortdauer der zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Eigenschaft des Pfundes als goldsicherer Goldkernwährung weder stillschweigend noch ausdrücklich zum Inhalt des Kaufvertrages erhoben, sondern nur zur Vertragsgrundlage ... gemacht" sei. Infolgedessen habe der Geldgläubiger keinen Anspruch auf Zahlung des Goldwertes, sondern lediglich auf billigen Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung.

Im Urt. v. 2. Jan. 1935 (I 223/34) hat das RG. in der gleichen Sache die Meinung des Vorderrichters gebilligt, „der wirkliche Sinn der maßgeblichen Abmachung sei dahin gegangen, eine Leistungspflicht zu schaffen, deren innerer Wert sich nicht nach der schwankenden Währung eines fremden Landes richten, sondern wertbeständig sein sollte"; es sei deshalb nicht nur Vertragsgrundlage, sondern Vertragsinhalt die Verpflichtung der Käuferin geworden, „der Verkäuferin den Goldwert der in englischer Währung geschuldeten Leistung zu zahlen".

Vgl. ferner die Entscheidung des RG. v. 2. April 1935 (JW. 1935, 2266 [3]) sowie die Schiedssprüche des Schiedsgerichts der Internationalen Handelskammer in der Anmerkung von Arndt: JW. 1933, 1644 [2].

2. Darlehen in ausländischer Währung

Das OLG. Kiel hatte in einem Darlehensfall angenommen, der Darlehnsgeber habe das Darlehen nur in englischen Pfunden geben wollen, weil er der Festigkeit der Mark mißtraut habe; der Gedanke an die Wertbeständigkeit sei aber nur Beweggrund zur Hergabe des Darlehns in Pfund gewesen, er sei nicht auch zum Inhalt des Vertrages erhoben worden. Infolgedessen könne sich der Darlehnsgläubiger nicht darauf berufen. Das RG. hat im Urt. v. 28. Juni 1934 (RGZ. 145, 51 = JW. 1934, 2330 [2]) die vom BG. vorgenommene Auslegung der vertraglichen Beziehungen gelten lassen und die Klage

auf Rückzahlung des Darlehns zum Pfundkurs von 20,40 RM abgelehnt (vgl. hierzu insbes. die eingehenden Ausführungen Mügels in der Anm. zur JW. 1934, 2330[2], sowie in JW. 1934, 513 und 1934, 1477).

In umgekehrter Richtung hat das RG. mit Urt. v. 27. April 1936 (IV 7/36) entschieden. Hier war bei der Entleihung in Dollar vereinbart, daß Kapital und Zinsen „in Goldmünze der Vereinigten Staaten von Amerika von der am 1. April 1930 geltenden oder einer ihr entsprechenden Gewichts- und Feingehaltseinheit zu zahlen" seien. Hierin sieht das RG. nicht bloß eine Goldmünzklausel — die durch die Änderung der amerikanischen Währung gem. § 245 BGB. dahingefallen wäre — sondern auch eine hiervon unberührte Goldwertklausel.

3. Inhaberschuldverschreibungen

In einem vom RG. am 12. Nov. 1934 entschiedenen Fall war bei im Febr. 1925 ausgestellten Schuldverschreibungen „Rückzahlung des Kapitals und Einlösung der Zinsscheine in Reichswährung, wobei der Dollar nach dem Durchschnitt von Mittelkursen umgerechnet wird" versprochen und in dem Prospekt war die Rede von „reichsmündelsicherer Goldmarkanleihe auf Dollarbasis, eine Goldmark = 10/42 Dollar nordamerikanischer Währung". Das RG. hat diese Vereinbarung dahin ausgelegt, daß „der damalige und nicht ein schwankender, vom Golde gelöster Dollar gemeint war"; es sei auf wertbeständige Goldmark angekommen, wobei die Inbezugsetzung zum Dollar die gleiche Bedeutung habe wie die Erläuterung der Goldmark mit 1/2790 kg Feingold (RG.: JW. 1935, 189).

4. Prozeßvergleiche

Verpflichtungen, eine bestimmte Summe zu zahlen mit dem Vermerk: Reichsmark verstehe sich zu 10/42 Dollar, begründen eine reine Reichsmarkschuld und werden daher von der Abwertung nicht betroffen (RG. v. 23. Okt. 1934).

5. Anleihen

Mit der Abstellung der Stücke „auf feste Dollarbasis, wobei für eine Reichsmark der Wert von 10/42 Dollar ... zu setzen ist, konnte nur eine Sicherung gegen die Entwertung der Reichsmark gemeint sein, und es wird deshalb der volle Reichsmarkbetrag geschuldet (RGZ. 146, 1 = JW. 1935, 852[3]; bei der Urteilsfällung hat sich das RG. ausnahmsweise an keine Erwägungen des BG. gebunden gesehen, weil es sich um eine Verpflichtung typischen Inhalts handle und die Leistungsorte sich über sieben deutsche OLG. verteile; das Ergebnis war aber das gleiche wie beim BG.).

Die Entscheidung des RG. v. 28. Mai 1936 zur Frage der Auslandsanleihen ist durch das Gesetz über Fremdwährungsschuldverschreibungen v. 26. Juni 1936 überholt. Das RG. hatte entschieden, daß der Schuldner aus einer im Ausland in fremder Währung aufgenommenen Anleihe einem inländischen Anleihegläubiger gegenüber Golddollar schuldig sei (RG.: JW. 1936, 2058[1]; vgl. hierzu auch die Ausführungen von Mügel in der Anm.). Durch das Gesetz v. 26. Juni 1936 ist die abgewertete Währung für maßgebend erklärt und sind sämtliche entgegenstehenden rechtskräftigen Entscheidungen aufgehoben worden (RGBl. 1936, 515; vgl. hierzu auch den Aufsatz von Hartenstein, „Dollarbondurteil und Auslandsanleihegesetz": JW. 1936, 2017).

6. Versicherungsverträge

Goldmarkversicherungen mit dem Vermerk, daß die Goldmark dem 4,2ten Teil eines Dollars entsprechen soll, lassen keine Abwertungen zu (RGZ. 150, 153 = JW. 1936, 1205[2]; vgl. auch die kritischen Darlegungen von Dietrich in der Anm. der JW., insbes. auch seine Auseinandersetzung mit Zeiler (JW. 1935, 248 ff.).

Der Streit um Lebensversicherungsverträge auf Dollargrundlage ist zugunsten des Versicherten entschieden (vgl. RG. v. 5. Juli 1935, VII 375/34 und 59/35: JW. 1935, 2713[1]).

7. Dollarschatzanweisungen

In einem Prozeß gegen den Hamburger Staat ist ein über den Nennbetrag hinausgehender Anspruch aus Dollarschatzanweisungen nur insoweit zugebilligt worden, als Verzug vorlag. Soweit kein Verzug vorlag, ist die Klage auf Zahlung der Differenzsumme abgewiesen worden. Auch eine Aufwertung wurde nicht anerkannt, weil die Entwertung nur 38% betrug und sonstige Umstände zur Rechtfertigung einer Aufwertung nicht vorhanden waren (RG. v. 13. Mai 1935: JW. 1935, 2267[4] und 1935, 2248).

Am 22. Okt. 1936 ist dann schließlich noch das Urteil des RG. zu den Dollarschatzanweisungen des Reichs von 1923 ergangen. Hier hat das RG. den Goldwertcharakter der Schatzanweisungen in Übereinstimmung mit dem KG. bejaht. Der Ausdruck „Mark Gold" finde sich schon im deutschen Text des Versailler Vertrages in Nebeneinanderstellung mit dem Golddollar und dem Goldfranken und sei in der VO. über die Ablieferung ausländischer Vermögensgegenstände v. 25. Aug. 1923 abwechselnd mit der Bezeichnung „Goldmark" für denselben Begriff gebraucht. Beide Worte zielten auf eine wertbeständige Einheit entsprechend der deutschen Friedensmark ab.

Die Entscheidung betrifft nur die Inlandanleihen auf Dollarbasis; für Auslandsanleihen gilt das erwähnte Gesetz über Fremdwährungs-Schuldverschreibungen.

Nachzahlungsansprüche der Geldgläubiger kommen, wie die Begründungen eines Teiles der erwähnten Entscheidungen erkennen lassen, u. U. auch dann in Frage, wenn die Absicht der Wertsicherung nicht Inhalt des Vertrages geworden ist. Dem Geldgläubiger kann nämlich ein erhöhter Anspruch aus dem Gesichtspunkte der Aufwertung und des Ausgleichs zustehen.

a) Daß Forderungen in gesunkener ausländischer Währung aufgewertet werden können, ist vom RG. grundsätzlich anerkannt (vgl. z. B. sein Urt. v. 13. Mai 1935). Voraussetzung für eine Aufwertung ist, daß die vorl. Umstände nach der Aufwertungsrechtsprechung des RG. eine Aufwertung erheischen, und daß vor allem die Entwertung ein hinreichendes Ausmaß angenommen hat (vgl. auch zustimmend Dietrich: JW. 1936, 1205, Anm. zu 2; ablehnend hinsichtlich der Voraussetzung einer erheblichen Entwertung jedoch Zeiler: JW. 1935, 248; JW. 1935, 2248). In dem genannten RG.-Urteil ist eine Entwertung von 38% ohne Hinzukommen weiterer besonderer Umstände nicht für umfangreich genug gehalten worden. Aus der Begründung ergibt sich aber, daß auch schon ein geringerer Satz je nach den Gegebenheiten des Sachverhalts ausreichen kann.

b) Haben die Parteien die Absicht der Wertsicherung gehabt, diese Absicht aber nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht, so kann die Annahme der Fortdauer der bei Vertragsschluß vorhandenen Eigenschaft der ausländischen Währung als goldsicherer Goldkernwährung wenigstens als Vertragsgrundlage im Sinne der Ausgleichsrechtsprechung von Bedeutung sein. Die Ausgleichsrechtsprechung beruht auf der Erwägung, daß bei gegenseitigen Verträgen normalerweise das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung die von den Beteiligten stillschweigend angenommene Vertragsgrundlage sei. Bei einer erheblichen Verschiebung des Gleichgewichts ist deshalb nach Treu und Glauben ein billiger Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung zu gewähren (vgl. JW. 1933, 1646).

Voraussetzung für die Zubilligung eines Ausgleichsanspruches ist, daß es sich um gegenseitige Verträge handelt, und daß die beiderseitigen Verhältnisse die Forderung nach einem Ausgleich als billig erscheinen lassen. In seiner Entscheidung vom 21. Juni 1933 (JW. 1933, 1646) verlangt das RG. bei der Prüfung der beiderseitigen Verhältnisse besondere Berücksichtigung der Frage, wie sich die Ausgaben und Einnahmen aus dem einzelnen Geschäft gestalten; ferner ob die Geldgläubiger in ihrem gesamten Geschäftsverkehr durch das Absinken des Kurswertes der ausländischen Währung Verluste erlitten oder vielleicht sogar bei anderen Geschäften Vorteile gehabt haben.

Die Höhe des Ausgleichsanspruches wird allein von der Billigkeit bestimmt, dabei ist grundsätzlich auch volle Ausgleichung, also die Bemessung der Gegenleistung auf die volle Höhe des Goldwertes, möglich

Besoldung der Assessoren im Probe- und Anwärterdienst Kinderzuschläge

Die Bek. des Präs. der RRAK. v. 2. März (Umdruck Nr. 18/36 = M. d. RRAK. 1936, 49 = JW. 1936, 706) wird, wie folgt, berichtigt:

1 e) Kinderzuschlag: Der Kinderzuschlag beträgt nach § 4 Teil 2 Kap. I NotVO. v. 5. Juni 1931 monatlich für das erste Kind 10 *RM*, für das zweite Kind 20 *RM*, für das dritte und vierte Kind je 25 *RM*, für das fünfte und jedes weitere Kind je 30 *RM*.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Die Arbeitstagung der Gaugruppenwalter der Reichsgruppe Rechtswahrer der Verwaltung

Am 21. und 22. Nov. fand im Hause der Deutschen Rechtsfront in Berlin eine Arbeitstagung sämtlicher Gaugruppenwalter der Reichsgruppe Rechtswahrer der Verwaltung des NS.-Rechtswahrerbundes statt. Die Tagung ließ erkennen, daß die Verwaltung im Rahmen des Rechts für die Volksgesamtheit und damit auch für die Volksführung eine gewaltige Bedeutung erlangt hat. Denn eine weltanschaulich klar ausgerichtete Verwaltung ist eine der wesentlichen Voraussetzungen für das Gelingen des Aufbauwerkes, das der Führer im Jahre 1933 mit Hilfe des eroberten und von ihm neugestalteten Staates begann, das er nunmehr in vergrößerten Dimensionen weiterführt, nachdem das gesäuberte deutsche Schiff volle Fahrt aufgenommen hat. Da das deutsche Volk vor allen anderen Völkern der Welt die Mission auf sich genommen hat, an der vordersten Front als der entschlossene Verteidiger der Kultur gegen das Höllenwerk des Bolschewismus zu kämpfen, hebt sich gerade in Deutschland der Beruf der Zeit zur Erkenntnis und Gestaltung des Rechts deutlich heraus.

Die besondere Aufgabe der Rechtswahrer der Verwaltung ist es, an der Einheit des Volkslebens mitzuwirken. Dazu sagt MinDir. Jäger in einer sehr klaren Darstellung [1]) u. a. folgendes: „Wenn wir im Sinne der nationalsozialistischen Auffassung die von der Bewegung her bestimmte Einheit der Partei und des Staates schaffen müssen, die Einheit des nationalsozialistischen Reiches, so liegt es an dem Rechtswahrer der öffentlichen Verwaltung, das zu verwirklichen. In der Verwaltung treffen Partei und Staat zusammen. Die Verwaltung ist die Stelle, an der Partei und Staat zur Einheit zusammengeschweißt werden und das Volk in seiner tatsächlichen Gemeinschaft in die Stufe der Organisation und Ordnung erhoben wird.“

Die Tagung selbst behandelte ausführlich eine Reihe bedeutsamer Fragen und Probleme des Verwaltungsrechts. Zu Beginn der Tagung zeigte der Reichsgruppenwalter Rechtswahrer der Verwaltung, StSekr. Dr. Stuckart, die großen Richtlinien auf, nach denen er die weitere Arbeit seiner Reichsgruppe zu gestalten gedenkt. StSekr. Dr. Stuckart wies darauf hin,, daß die von der Reichsgruppe geleisteten Arbeiten besonders wertvoll gewesen seien im Hinblick auf die Lösung der Rassenprobleme, und erklärte, daß Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung nur verschiedene Formen und Mittel der Führung zur Verwirklichung der aus dem Daseinszweck des deutschen Volkes abgeleiteten Ziele der nationalsozialistischen Staatsführung seien. Die Auswirkungen der nationalsozialistischen Staatspolitik wiesen über Generationen hinweg und würden erst zur vollen Geltung und Wirksamkeit kommen, wenn die heute Lebenden nicht mehr seien, wenn das deutsche Volk aber in neuer Artreinheit, Macht und Größe wieder einmal in der Geschichte die ihm nach seinen Fähigkeiten und Leistungen, seinem Fleiß, seiner Hingabe und Aufopferungsfähigkeit zukommende Stellung in der Völkergemeinschaft in jeder Weise errungen haben werde.

Nach Überbringung von Grüßen der Reichsführung des NS.-Rechtswahrerbundes und der Partei erklärte der Reichswalter des NS.-Rechtswahrerbundes und Leiter des Amtes für Rechtswahrer im Reichsrechtsamt der NSDAP., Reichsamtsleiter Dr. Raeke, daß die Rechtswahrer der Verwaltung berufen seien; auf der festen Grundlage der nationalsozialistischen Weltanschauung und auf Grund ihrer fachlichen Erfahrungen dem deutschen Volke eine Verwaltung auf- und auszubauen, die nicht in toten organisatorischen Systemen bestehe, sondern wirklichkeitsnah dem Lebensrecht des deutschen Volkes diene.

Den Höhepunkt der Tagung bildete eine richtungweisende Ansprache des Reichsrechtsführers, RMin. Dr. Frank, der zu den wichtigsten Problemen des Dritten Reiches Stellung nahm. Das Ziel aller Verwaltungen muß demnach Einfachheit und Klarheit in ihrem Aufbau und ihrem Wirken sein, ihr Zweck ist es, an der geschichtlichen Sicherung des Wirkens unseres Volkes im gesamten Weltraum mitzuhelfen. Er erklärte, daß es einer der größten Gedanken in der Entwicklung des geschichtlichen Staatsbegriffs gewesen sei, den Ausdruck der Staatsmacht in eine Verbindung mit dem Rechtsbegriff zu bringen. Der Nationalsozialismus Adolf Hitlers habe dadurch, daß er sich von Anfang an auf die Kombination von Machtapparat und Rechtsgedanken eingestellt habe, eine ganz große Sicherung seiner eigenen Stabilität in alle Zukunft des deutschen Volkes geschaffen. So sehr wir auch erfüllt seien von dem Gedanken, daß letzten Endes alles Leben der Gemeinschaft aus der Rechtsordnung kommt, so sehr seien wir aber auch davon erfüllt, daß neben, über, ja sogar vielleicht vor der allzu eifrigen Betreuung der rechtsformalen Seite der Verwaltung die geschichtliche Sicherung des Wirkens unseres Volkes im gesamten Weltraum stehe.

Hier liege der Kernpunkt der Entschlossenheit des nationalsozialistischen Reiches, und so sehr die Kombination von Recht und Macht dem Nationalsozialismus geglückt sei, so sehr müsse begriffen werden, daß sich das Deutsche Reich und Volk in einem schweren Existenzkampf gegen die Feinde aus aller Welt befände.

Nach weiteren wichtigen Ausführungen über die verwaltungsrechtliche Doktrin des Dritten Reiches kam RMin. Dr. Frank dann nochmals auf die besondere Aufgabenstellung des deutschen Verwaltungsrechts zu sprechen. Wir Deutsche seien der Meinung, daß die Freiheit des deutschen Einzelmenschen auch verwaltungsrechtlich am besten gesichert werde, wenn die Verwaltung mithelfe, die Freiheit der Gesamtnation zu sichern. Das neue deutsche Verwaltungsrecht, das sei der Wille der nationalsozialistischen Rechtswahrer der Verwaltung, solle aufgebaut werden auf den Grundsätzen der Einheit des Reiches, der Einfachheit und Klarheit der Verwaltung und ihrer möglichsten Durchdringung mit dem Rechtswahrer der Verwaltung, der das einheitliche Weltanschauungsbild des Nationalsozialismus in sich aufgenommen habe.

Der Reichsrechtsführer betonte zum Schluß, daß es eine hohe Ehre sei, im Dritten Reich Verwaltungsbeamter zu sein und für das Dritte Reich in dieser Eigenschaft zu wirken.

In einem Telegramm an RMin. Dr. Frick sprachen die versammelten Gaugruppenwalter ihre Treue zum Führer und das Gelöbnis aus, sich mit ihrer ganzen Person in den Dienst am Aufbau von Volk und Reich zu stellen. RMin. Dr. Frick erwiderte mit einem herzlich gehaltenen Glückwunschtelegramm die Grüße der Tagung.

Dr. Otto Zeller, Berlin.

[1]) „Recht und Verwaltung“, Artikel zur Arbeitstagung der Gaugruppenwalter der Reichsgruppe Rechtswahrer der Verwaltung im Völk. Beob. vom 21. November 1936, S. 2.

Schrifttum

Der Aufbau des Deutschen Führerstaates. Das Jahr 1934. Dokumente der deutschen Politik. Bd. II. Bearb. von Dr. Axel Friedrichs. Berlin 1936. Junker und Dünnhaupt Verlag. 340 S. Preis geb. 13 RM.

Der zweite Band des Quellen- und Dokumentenwerkes der Deutschen Hochschule für Politik, herausgegeben von ihrem Präsidenten, RegR. Paul Meier-Benneckenstein, setzt die im ersten Band: „Die nationalsozialistische Revolution 1933" begonnene Zusammenstellung und Übersicht der entscheidenden und richtungweisenden Dokumente der deutschen Innen- und Außenpolitik mit der Darstellung des zweiten Jahres des nationalsozialistischen Aufbauwerkes fort. Wenn auch die Erinnerung an Kampf, Ereignisse und Erfolge des zweiten Jahres der nationalsozialistischen Volksführung noch frisch in uns lebt, so vermittelt der Bd. II der Dokumente eine Gesamtschau, die eine Erklärung unserer Gegenwart im besten Sinne ist.

Der erste Teil des Buches befaßt sich mit dem Aufbau des Führerstaates. Unter den tragenden Ereignissen des Jahres 1934 ist die Hochverratsaktion v. 30. Juni und ihre Niederschlagung durch den persönlichen Einsatz des Führers für den Aufbau des Führerstaates von einschneidender Bedeutung geworden. Der Stellvertreter des Führers schilderte in einer Rede in Königsberg, die im wesentlichen wiedergegeben ist, die Niederwerfung der Revolte. Hier heißt es u. a.:

„Wieder in seinem Arbeitszimmer, fällt der Führer die ersten Urteilssprüche. Ohne Pause arbeitet er weiter.

Er diktiert den Absetzungsbefehl des Stabschefs und die Beauftragung des Obergruppenführers Lutze. Er diktiert den Brief an den neuen Chef des Stabes und diktiert sofort weiter die Stellungnahme der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei zu den Vorgängen und seinem Handeln.

Zwischendurch gibt er weitere Befehle für Einzelhandlungen in München und im Reich.

Und dann formt er in einem Guß die berühmten 12 Thesen, nach denen der neue Chef des Stabes der SA. handeln wird.

Nicht die geringste Notwendigkeit des Augenblicks entgeht dem Führer. Selbst für die Veröffentlichung durch die Presse und durch den Rundfunk gibt er Anweisungen. Und im gleichen Augenblick, in dem der letzte, die Aktion betreffende Befehl gegeben ist, kommt das Startkommando.

Es war schon so, wie eine Berliner Zeitung schrieb: Morgens um 2 Uhr verließ ein Flugzeug mit dem Kanzler an Bord den Flughafen Hangelaar bei Bonn — abends um 10 Uhr landete dieselbe Maschine in Berlin. Dazwischen lag ein Stück Weltgeschichte."

Unter der Fülle der Ereignisse und Taten des Jahres 1934 wurde auch das Ableben des greisen Reichspräsidenten, Generalfeldmarschall von Hindenburg, am 2. Aug. bedeutungsvoll. Am selben Tage beschloß die Reichsregierung eine Volksabstimmung über die Vereinigung des Amtes des Reichspräsidenten mit dem des Reichskanzlers herbeizuführen, die am 19. Aug. stattfand. Von großem Interesse ist uns heute wie damals das politische Testament des verstorbenen Reichspräsidenten, das am 15. Aug. der Öffentlichkeit bekanntgegeben wurde. Das überwältigende Ergebnis der Volksabstimmung v. 19. Aug., der Dank des Führers an die Partei und das deutsche Volk werden wieder lebendig. Zwei Blätter, die u. a. die Bildnisse des Führers, des Reichspräsidenten von Hindenburg, von Hermann Göring und Dr. Goebbels zeigen, schmücken den ersten Teil des Buches.

Ein weiterer Abschnitt betrifft die Friedenspolitik des Führers. Das deutsche Friedensangebot stößt immer wieder auf Ablehnung, wie die Wiedergabe des deutschen Memorandums v. 18. Dez. 1933 (das hier der Übersicht halber nochmals abgedruckt ist), die deutsche Denkschrift v. 19. Jan. 1934, v. 13. März 1934 und andere Verlautbarungen zeigen. Während Deutschland positive Wege des Ausgleichs zu einer Verständigung für die europäische Staatengemeinschaft sucht, stellt die französische Regierung den Plan seines Paktsystems auf. Die österreichischen Unruhen, der Kampf des Saarlandes gegen die Bedrückung von außen und vor allem auch der unverminderte deutsche Friedenswille werden durch die Wiedergabe von Reden führender Persönlichkeiten von Partei und Staat, eines Schreibens des Führers an den Vizekanzler von Papen (Entsendung von Papens mit einer Friedensmission nach Wien) und vor allem der großen Rede des Führers auf der Saarkundgebung auf dem Ehrenbreitstein am 26. Aug., veranschaulicht. Auch der schwere Kampf des Memeldeutschtums findet in den „Dokumenten" seinen Niederschlag.

Durch eine Reihe von grundlegenden Gesetzen, besonders durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches v. 31. Jan. wird die Reichseinheit gewährleistet und weiter ausgebaut

In dem Kapitel „Neuaufbau von Volk und Wirtschaft" wird der Kampf um den Arbeiter und der Neubau der Sozialverfassung besonders eindringlich durch die Rede von RMin. Dr. Goebbels auf einer Kundgebung in Berlin bei der Verkündung des ArbOG. am 15. Jan. geschildert. Das Gesetz selbst ist im Wortlaut wiedergegeben. Im Mittelpunkt der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik steht die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. Eine Reihe von grundlegenden Gesetzen, die sämtlich wiedergegeben sind, legt Zeugnis ab über die Tatkraft der nationalsozialistischen Volksführung. In diesem Rahmen nimmt bereits die Neuregelung der Außenwirtschaft eine außerordentlich wichtige Sonderstellung ein. Ein radikaler Umbau der deutschen Außenhandelspolitik hat bereits im Jahre 1934 stattgefunden. Unter anderen ist die Rede des Reichsaußenministers Freiherrn von Neurath vor dem Ibero-Amerikanischen Institut in Hamburg abgedruckt, die am 14. April die Grundsätze der deutschen Außenhandelspolitik darlegt. Zu den Notmaßnahmen, die Deutschland nach dem Abbruch der Gläubigerkonferenz durchführen mußte, gehört die am 14. Juni beschlossene Einstellung des Bar-Transfer.

Ebenso sind auch wichtige Gesetze, Verlautbarungen, Reden auf dem Gebiete der deutschen Agrarpolitik, des Arbeitsdienstes, des Neubaues der Kultur und der Neuschaffung des deutschen Rechts wiedergegeben.

Am 20. März sprach RMin. Dr. Frank, damals noch Reichsjuristenführer, im Rundfunk und legte die Programmpunkte der nationalsozialistischen Rechtsgestaltung für die kommenden Jahre dar. Im Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und Strafverfahrens v. 24. April wurden die Begriffe des Hochverrats und des Landesverrats neu gefaßt; in einem besonderen Artikel dieses Gesetzes wurde der Volksgerichtshof gebildet. Durch Gesetz v. 11. Juli wurde die Akademie für Deutsches Recht öffentliche Körperschaft des Reiches. Die im RGBl. I, 605 abgedruckte Satzung der Akademie für Deutsches Recht ist im Wortlaut wiedergegeben. Vor der Akademie für Deutsches Recht sprach auch Ministerpräsident Goering am 23. Nov. über die Sicherheit des Rechts im nationalsozialistischen Staat und formulierte darin die Grundsätze der Neuschaffung des Rechts durch den Nationalsozialismus.

Ebenso wie in Bd. I zeigt eine Inhaltsübersicht und Zeittafel die wichtigsten Abschnitte der Entwicklung des Jahres 1934; ein Sach- und Namensregister bildet den Abschluß des zweiten Bandes.

Zwei Jahrgänge der „Dokumente der deutschen Politik" liegen nunmehr vor. Die Sammlung wird für alle diejenigen, die in der politischen Praxis stehen, nicht mehr entbehrlich sein können, denn die Dokumente behandeln das gesamte völkische Leben und sind besonders für den Rechtswahrer von eminenter Bedeutung, da gerade er nicht mehr wie früher in einem engen, sachlich abgegrenzten Raum lebt, sondern am Gesamtleben der Nation heute unmittelbaren Anteil nimmt.

Dr. Otto Zeller, Berlin

Prof. Dr. Heinrich Stoll, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht: Vertrag und Unrecht. 2. Halbband. (Grundrisse des Deutschen Rechts.) Tübingen 1936. Verlag J. C. B. Mohr (P. Siebeck). 128 S. Preis kart. 3,60 RM.

Dem 1. Halbband von „Vertrag und Unrecht", den ich in JW. 1936 (Heft 26), 1754 besprochen habe, folgt jetzt der 2., der sich mit dem Inhalt des entstandenen Schuldverhältnisses befaßt, mit dem „Schuldverhältnis als Wirkung von Vertrag und Unrecht". Beide Bände bilden eine Einheit, was rein äußerlich dadurch zum Ausdruck kommt, daß die Seiten fortlaufend gezählt werden. Es freut mich, daß ich dementsprechend die Rüge des fehlenden Schlagwortverzeichnisses, zu der ich mich bei der Besprechung des 1. Halbbandes veranlaßt sah, zurücknehmen kann, da sich am Ende des vorliegenden Bandes das Vermißte findet und auch den bereits besprochenen Band umfaßt. Es ist allerdings m. E. noch recht knapp und sollte in kommenden Auflagen verbessert werden.

Das Lob, das bereits dem 1. Halbband ausgesprochen werden konnte, kann jetzt nur noch einmal wiederholt werden. Es handelt sich um eine Arbeit, die weit mehr bringt, als das handliche Heft auf den ersten Blick vermuten läßt. Alle wichtigen Gebiete des besonderen Schuldrechts werden in übersichtlich angeordnetem Druck und unter scharfer Hervorhebung der Kerngedanken behandelt. Dabei muß es als besonders angenehm empfunden werden, daß der Verf. hierbei auf das bekannte „Unter-dem-Strich-System" verzichtet hat, das schon beinahe dazu geführt hat, daß der gewöhnliche gedruckte Buchinhalt zu einer reinen Paragraphenwiedergabe herabgewürdigt wurde, weil sich nahezu alles irgendwie Wichtige im Kleindruck unter dem Buch in der Anmerkung befand. Erfahrungsgemäß liest gerade der Anfänger den kleingedruckten Text der Anmerkung nicht, so daß er von der Lektüre derartig aufgebauter Lehrbücher kaum nennenswerten Gewinn hat. Entsprechend dem Charakter der Arbeit hat der Verf. daher überhaupt auf zahlreiche Literaturangaben verzichtet und sich in der Hauptsache mit der Anführung von RGEntscheidungen begnügt, und hierbei auch vor allem schon die neueste Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes berücksichtigt.

Insgesamt muß dem 2. Halbband, wie auch bereits dem 1., eine möglichst weitgehende Verbreitung gewünscht werden; denn jedem Studierenden wird die klare, übersichtliche und umfassende Darstellung des Schuldrechts eine vorzügliche Einführung in dieses Gebiet geben, und jeder Fortgeschrittene wird genau wie jeder fertige Jurist die vorliegende Arbeit als langgesuchte Lektüre begrüßen, die ihm die gewünschte Auffrischung des Gedächtnisses in besonders gutem Maße ermöglicht.

RA. Dr. Otto Rilk, Berlin.

Prof. Dr. Friedrich Doerr, OLGR. a. D.: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz nebst ergänzenden Gesetzen. 16. Aufl. München und Berlin 1936. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhdlg. 486 S. Preis geb. 4,80 RM.

Die kleine Ausgabe erfreut sich mit Recht unveränderter Beliebtheit. Wiedergegeben sind neben den beiden Hauptgesetzen das Jugendgerichtsgesetz, die strafprozessualen Vorschriften der Reichsabgabenordnung, die beiden Entschädigungsgesetze, Gebührenordnungen, das Straftilgungsgesetz, die Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen und das Auslieferungsgesetz. Die Erläuterungen zu den Hauptgesetzen sind recht inhaltreich, mit vielen Entscheidungen unter Bevorzugung der neueren Rechtsprechung. Auch das Schrifttum ist verwertet. Die eigene Meinung des Verf. tritt oft hervor.

Der Verf. charakterisiert im Vorwort das Buch selbst, indem er sagt, daß es nicht für Dilettanten bestimmt ist. Dem ist zuzustimmen. Die Erläuterungen sind von knappester Form, auch die Wiedergabe der Leitsätze aus den Urteilen. So verlangt das kleine Buch aufmerksame und sorgfältige Leser. Ihnen wird es von großem Nutzen sein.

MinR. Dr. Lehmann, Berlin.

Gedanken über Strafvollzug an jungen Gefangenen. Beiträge zur Rechtserneuerung. Gemeinschaftsarbeiten aus der Rechtspflege. Herausgegeben von Staatssekretär Dr. Roland Freisler. Heft 1. Berlin 1936. R. v. Deckers Verlag, G. Schenck. 119 S. Preis kart. 3,80 RM.

Das Heft bezeichnet sich als eine „Kameradschaftsarbeit", zu der außer dem Herausgeber vor allem auch eine Zahl von Strafanstaltsleitern aus dem Reich beigetragen haben. Es will dem Ziel dienen, das sich die Reichsjustizverwaltung im Hinblick auf den Jugendstrafvollzug gesetzt hat, nämlich, „den Jugendstrafvollzug so aufzubauen und auszubauen, daß er instand gesetzt wird, eine seiner wichtigsten Aufgaben zu erfüllen, den straffälligen jungen Deutschen seinem Volke wieder zuzuführen". Dabei ist die Erkenntnis richtungweisend, daß nicht etwa jeder Gefangene erzogen und gebessert werden kann, daß vielmehr nur bei einer Auslese Aussicht und Hoffnung besteht, den Gefangenen wieder in die Volksgemeinschaft eingliedern zu können. Diese Forderung der Auslese soll mit ganz besonderer Sorgfalt bei den straffälligen jungen Menschen durchgeführt werden. Diese Problemstellung umreißt Staatssekretär Dr. Freisler in seinem Vorwort, indem er sagt, daß man gerade beim jungen Gefangenen den Glauben an die Zukunft nicht schwinden lassen dürfe.

Der Hauptteil des Buches beginnt mit einer Darstellung der Kriminalstatistik des straffälligen jungen Menschen und der einstigen Lösungsversuche. Dem folgen eine Reihe von Beiträgen, zumeist von Strafanstaltsdirektoren aus dem Reich über den gegenwärtigen Zustand, die in plastischer Weise die Einrichtungen deutscher Jugendgefängnisse und die Durchführung des Strafvollzuges bei Jugendlichen schildern.

Über die Grundzüge des kommenden Strafvollzuges entwickelt Staatssekretär Dr. Freisler eine Reihe grundsätzlicher Forderungen.

Der besondere Erziehungsstrafvollzug an den jungen Gefangenen soll in drei Gruppen aufgebaut werden. Die 14- bis 18jährigen bilden hiernach die erste Gruppe; zur zweiten gehören die 18- bis 21jährigen mit Ausnahme derjenigen, die durch die Art ihrer Straftat sich als Verbrechernaturen erwiesen haben, und derjenigen, deren Gesamtpersönlichkeit aus anderen Gründen auf eine Verbrechernatur schließen läßt. Von den 21- bis 25jährigen sollen sorgfältig für die dritte Gruppe diejenigen Erstbestraften ausgesucht werden, die körperlich, geistig, seelisch oder willensmäßig noch nicht voll gereift sind und deren Persönlichkeit erwarten läßt, daß ihre Einordnung als ordentliche Glieder des Volkes noch möglich ist. Mittels dieses Strafvollzuges soll der Versuch gemacht werden, einen möglichst großen Teil der jungen Gefangenen zu befähigen, dereinst als Volksgenossen im Leben erfolgreich mitzuarbeiten. Um dieses Ziel zu erreichen, müßten besondere Gefangenenanstalten gefordert werden, deren Haupterziehungsmittel in erster Linie Arbeit, körperliche Ausarbeitung, elementare Wissensschulung, Freizeitgestaltung und Einzelbeeinflussung zu sein haben. Für die Erzielung eines Erfolges sei es von großer Bedeutung, daß die Anstalten für junge Gefangene immer klein seien; 200 bis allerhöchstens 250 Gefangene sollen die oberste Grenze darstellen. An den Leiter und das Personal solcher Anstalten müßten besonders hohe Anforderungen gestellt werden. Nur die Höchstqualifizierten könnten zu der erforderlichen Erziehungsarbeit an jungen Gefangenen herangezogen werden.

Für den künftigen Aufbau des Jugendstrafvollzugs fordert OStA. Dr. Nörr, daß Jugendgefängnisse für Erstbestrafte und solche für Vorbestrafte eingerichtet werden. Es ist interessant, daß Dr. Nörr, ebenso wie die meisten der übrigen Mitarbeiter des Buches, eine Trennung der Gefangenen nach Stufen nicht für zweckmäßig hält. Vor allem aber müsse darauf geachtet werden, daß die Jugendgefängnisse von den Erwachsenenanstalten völlig getrennt werden.

Abschließend macht LGDir. Dr. Eichler Ausführungen über Fürsorge für die Zeit nach der Entlassung aus dem Jugendgefängnis, über Jugendstrafvollzug und Kriminalbiologie und über die kriminalpolitische Auswertung der Anstaltserfahrungen.

Der technische Aufbau des Buches, die reichen Tabellen vermitteln dem Leser eine ausgezeichnete Übersicht über das Thema. Dr. Otto Zeller, Berlin.

Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Textausgabe mit einer Einleitung, Verweisungen und Sachregister, unter besonderer Berücksichtigung der amtlichen „Richtlinien für das Strafverfahren". Herausgegeben von Dr. Rudolf Lehmann, MinR. im Reichsjustizministerium. 4. Aufl. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 417 S. Preis geb. 3,80 *RM*.

Die 4. Auflage des zuletzt: JW. 1935, 2349 besprochenen Buches ist in zahlreichen Ergänzungen und Zusätzen, die nach der Entwicklung der Gesetzgebung nötig waren, auf den neuesten Stand gebracht. Die Verweisungen sind stark vermehrt, die Einleitung ist ausgebaut. Der Anhang, der die strafprozessualen Nebengesetze wiedergibt, ist im Umfang verdoppelt. Neu sind aufgenommen das Auslieferungsgesetz, die für das allgemeine Strafprozeßrecht bedeutsamen Vorschriften der MilStGO. und ihres Einführungsgesetzes, ferner die verfahrensrechtlichen Vorschriften der RAbgO. Außerdem sind, um die Verwendbarkeit des Buches für die Praxis zu erhöhen, die wichtige Strafvollstreckungsordnung und die Allgemeine Verfügung zur Vereinheitlichung der Staatsanwaltschaft abgedruckt, endlich auszugsweise das PrPolVerwG. aufgenommen.

RA. R. Heusen, Berlin.

Dr. Richard Kunisch: Die strafrechtliche Sicherung der deutschen Eiermarktordnung. (Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 370.) Breslau-Neukirch 1936. Alfred Kurtze vorm. Verlag der Schletterschen Buchhdlg. 107 S. Preis 3,80 *RM*.

Der Verf., Gerichtsassessor, ist als Sachbearbeiter im Verwaltungsamt des Reichsbauernführers tätig. Hieraus mag sich die Stoffwahl seiner Erstlingsarbeit und seine Sachkunde auf diesem Sondergebiet erklären. Nach Mitteilung des für die deutsche Eierbewirtschaftung geltenden Rechtsstoffs, wobei die Strafbestimmungen herausgestellt sind, beleuchtet der Verf. die Verzahnung dieser Strafbestimmungen mit denjenigen des allgemeinen LebMittG. Ferner sucht er aus dem noch weitgehend problematischen Wesen des Ordnungsstrafrechts der Wirtschaft den Wirkungsbereich desselben auf dem behandelten Sondergebiet von dem des allgemeinen Strafrechts abzugrenzen. Ein Anhang behandelt die künstliche Färbung von Eidottern durch Verfütterung futterfremder Färbestoffe, deren Strafbarkeit als Lebensmittelverfälschung bejaht wird (vgl. JW. 1935, 2414).

Wenn Verf. (S. 13) schon den Erwerb von Eiern durch Aufkäufer als strafbares Inverkehrbringen strafrechtlich gewertet wissen will, so setzt er sich dabei in Widerspruch mit der allgemein auf dem Gebiet des Lebensmittelrechts und des Rechts der Arzneimittel anerkannten Auslegung dieses Begriffs. Nach ihr bringt in Verkehr, wer einem anderen die Verfügungsgewalt über einen Gegenstand verschafft, also z. B. der Lieferant, nicht aber der Erwerber, der Empfänger als solcher (vgl. Holthöfer-Juckenack, LebMittG., 2. Aufl., S. 72 Abs. 4 und besonders klar RGSt. 23, 242 und 56, 127). — Wo der Gesetzgeber schon das Ansichbringen oder den Erwerb als solche bestraft wissen will, sagt er das ausdrücklich. Beispiele: § 26 Abs. 1 Nr. 2 WeinG.; § 10 Abs. 1 Nr. 2 OpiumG. v. 10. Dez. 1929 [RGBl. I, 215]).

Unrichtig ist (S. 70) der regelrechte Höchstbetrag der in § 18 EierVO. i. d. F. v. 17. Mai 1933 (RGBl. I, 273) angedrohten Geldstrafe mit 100 000 *RM* angegeben. Das wird unzutreffend damit begründet, daß die Änderung der EierVO. v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 479) auch auf § 9 des vorl. RNährstandG. gestützt sei und dort „die Bestimmung" einer Höchststrafe bis zu 100 000 *RM* freigestellt sei. Von dieser Kannvorschrift ist aber in § 18 EierVO. kein Gebrauch gemacht, vielmehr Geldstrafe schlechthin angedroht, d. h. Geldstrafe in dem durch §§ 27, 27 a StGB. ein für allemal (wenn nichts anderes im Einzelfall bestimmt ist) festgelegten Rahmen.

Die Hervorhebung solcher Einzelausstellungen läßt erkennen, daß die fleißige Arbeit als Ganzes nach Anlage und Gehalt der Kritik standhält. Der Verf. hat mit Erfolg auf strafrechtlichem Neuland ordnende Arbeit geleistet und die Linien gesucht und gefunden, die es mit bekannteren Strafrechtsgebieten verbinden.

OLGPräs. i. R. Dr. Holthöfer, Berlin.

Das Reichsjagdgesetz v. 3. Juli 1934 mit ergänzenden Vorschriften. Erläutert von Präsident Dr. Ernst Klotz, Karlsruhe. Karlsruhe 1936. Verlag Boltze. 471 S. Preis geb. 12 *RM*.

Mit der vorliegenden Bearbeitung des RJagdG. bringt der Verf. — bekannt durch sein früheres Erläuterungsbuch zum BadJagdG. — einen für die Praxis bestimmten Kurzkommentar, der den Stand der Gesetzgebung und Verwaltungsanordnungen vom Juni 1936 wiedergibt. In den Erläuterungen zum RJagdG. nebst dessen DurchfVO. vom 27. März 1935 wird zu allen wichtigen Fragen unter Berücksichtigung von Schrifttum und Rspr. auf 298 Seiten eingehend Stellung genommen, so daß überall eine umfassende und schnelle Orientierung gewährleistet ist. — Die Überleitungsgesetze der Länder, die AusfBest. des RJägermeisters — darunter auch die Dienstanweisung für Kreisjägermeister — und anderer oberster Reichsbehörden sowie die sonstigen Nebengesetze werden unter besonderer Berücksichtigung der badischen Verhältnisse in einem Anhang gebracht. Die auf den Seiten 440 bis 452 über „Jagd und soziale Versicherung" sowie über „Jagd und Steuerrecht" gemachten Ausführungen verdienen besondere Beachtung. So bietet der Kommentar eine in allen Teilen sorgfältige Bearbeitung des Reichsjagdrechts. Er sei hiermit sowohl dem Jäger als auch dem Juristen bestens empfohlen.

LGDir. Dr. Mitzschke, Berlin.

Dr. jur. Alfred Wegerdt, Präs. im Reichsluftfahrtministerium: Luftrecht. Ein Leitfaden für Luftfahrer; mit einem Anhang, enthaltend das Luftverkehrsgesetz v. 21. Aug. 1936 und die VO. über Luftverkehr v. 21. Aug. 1936. Berlin 1936. Verlag C. J. E. Volckmann Nachf. E. Wette. 64 S. und Anhang 22 S. Preis kart. 2 *RM*.

Eine zusammengefaßte Darstellung des Luftrechts, vor allem der Änderungen durch das neue LuftvG. und die LuftvVO. entspricht bei der großen Entwicklung, die die Luftfahrt im neuen Staate erfahren hat, einem unzweifelhaften Bedürfnis. Dazu ist Wegerdt, der seit vielen Jahren an maßgebender Stelle luftrechtliche Fragen bearbeitet hat und heute Präsident im Reichsluftfahrtministerium ist, wie kein zweiter berufen.

Im Luftrecht überschneiden sich Bestimmungen des privaten und öffentlichen, des innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Rechts, die auf mannigfache Quellen zurückgehen. Neben das LuftvG. und die LuftvVO. treten die zwischenstaatlichen Luftverkehrsabkommen, die Deutschland mit 15 Staaten geschlossen hat, da es dem Pariser Luftverkehrsabkommen von 1919 nicht beigetreten ist. Sie alle bauen auf der Lufthoheit des Staates an seinem Gebiet auf. Auch das deutsche LuftvG., das mit den Worten beginnt, daß die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge frei ist, soweit sie nicht durch dieses Gesetz und die zu seiner Ausführung erlassenen Anordnungen beschränkt ist, nimmt die Lufthoheit in Anspruch. Denn damit setzt der Gesetzgeber voraus, daß der Luftraum zum Hoheitsgebiet gehört. Nicht folgen kann ich Wegerdt, wenn er (S. 18) betont, daß die freie Benutzung des Luftraums (§ 1 LuftvG.) mit dem völkerrechtlichen Grundsatz der Freiheit der Luft (l'air est libre) nichts zu tun habe. Die Luftfreiheitslehre, die Fauchille 1901 begründet hatte, hat schon von Anfang an Widerspruch auf den Plan gerufen und muß heute völkerrechtlich als erledigt gelten. Fauchille ging von dem alten Satz Bynkershoeks: Terrae dominium finitur, ubi finitur armorum vis aus. Die Gebietshoheit ist aber der örtliche Wirkungskreis der Staatsgewalt, den der Staat für sich in Anspruch nimmt. Mit der Reichweite der Waffen hat sie nichts zu tun. Da die staatlichen Luftverkehrsgesetze „usque ad coelum" gelten, wovon die Luft-

gesetze fast aller Staaten ausgehen — nur Peru hat in einer VO. v. 15. Nov. 1921 (RGBl. 1922, 102) den Luftverkehr in Höhe über 3000 m freigegeben —, so ist damit der Grundsatz der Freiheit der Luft auch völkerrechtlich zu Grabe getragen.

Wegerdt geht dann auf den verwaltungsrechtlichen Aufbau der Luftfahrt, die Reichsluftfahrtverwaltung mit ihren 15 Luftämtern, ein. Er behandelt den Begriff des Luftfahrzeuges und des Luftfahrers, die Ausbildung des Luftfahrers, Luftfahrtgelände, Luftfahrtveranstaltungen, Luftsperrgebiete, die Flugsicherung und den Flughafenzwang. Besonders bedeutsam für einen gesicherten Flugbetrieb ist die Beobachtung der Verkehrsvorschriften (§ 63 ff. LuftVO.), die Wegerdt eingehend bespricht. Der Ausflug aus dem Reichsgebiet, der in § 100 LuftVO. geregelt ist, bedarf einerseits der Genehmigung des RdL. und ist andererseits von der Beobachtung der in den Staatsverträgen vorgeschriebenen Bedingungen abhängig. Da diese sich alle an das Pariser Luftverkehrsabkommen anlehnen und starke Ähnlichkeit besitzen, so gestatten sie eine grundsätzliche Zusammenfassung, die Wegerdt in 17 Punkten vorgenommen hat. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Staatsverträge wird nicht nur nach dem Rechte des Bodenstaates, sondern auch nach deutschem Recht (§ 32 Ziff. 2 LuftVG.) geahndet. Die letzten Abschnitte behandeln die Militärluftfahrt, Haftpflichtbestimmungen, die Sicherungsbeschlagnahme von Luftfahrzeugen und die Strafbestimmungen des LuftVG.

Wegerdt hat auf 60 Seiten das gebracht, was den Kern des heutigen Luftrechts bildet. Es ist eine Übersicht über ein weites Rechtsgebiet, das in ständiger Entwicklung begriffen ist. Das Buch ist weit mehr als eine Einführung für den jungen Luftfahrer, der, bevor er seinen Führerschein erhält, Kenntnisse auf luftrechtlichem Gebiet nachweisen muß. Auch der Jurist kann nicht an ihm vorübergehen.

RA. Dr. K. Volkmann, Düsseldorf.

RA. Dr. Hermann Gülde, Dresden: Das neue Recht des gewerblichen Landverkehrs. Ges. über die Beförderung von Personen zu Lande v. 4. Dez. 1934 und Ges. über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 26. Juni 1935 unter Berücksichtigung aller einschlägigen Ausf.- und DurchfBest. und Ministerialerlasse. (Taschen Gesetzsammlung 171.) Berlin 1936. Carl Heymanns Verlag. 467 S. Preis geb. 14 *RM*.

Das vorliegende Werk ist eine sehr glückliche Zusammenstellung des gesamten die Materie betreffenden Rechtsstoffes. Gülde hat durch die Art der Bearbeitung zu erkennen gegeben, daß er die Bedeutung desselben voll und ganz erfaßt hat. Seine Ausführungen in dem Abschnitt „Grundsätzliches" (in der Einleitung) geben klar die Leitgedanken beider Gesetze wieder. Es ist hier sehr deutlich der Sinn und die Absicht, welche zugrunde gelegt ist, herausgearbeitet. Wenn es in den Ausführungen heißt: „Die gesamte Neuregelung, wie sie im PBG. und im GFG. i. Verb. m. VO. über den organischen Aufbau des Verkehrs v. 25. Sept. 1935 enthalten ist, hat deshalb den Zweck, den Zweigen des gewerblichen Landverkehrs, welche sie betrifft, und damit gleichzeitig der Deutschen Reichsbahn die Entfaltung der vollen technischen Leistungsfähigkeit im Dienste des Gesamtverkehrs zu sichern", so ist diesem Urteil Gülde zuzustimmen. Mit Recht wird hier anerkannt, daß nunmehr der Grundsatz der einseitigen Begünstigung aufgegeben und an die Stelle der eines gewissen Wettbewerbes getreten ist. Die Kommentierung des Werkes ist auch in einer wohl dem Gedanken des Gesetzgebers entsprechenden Weise erfolgt. Es ist das Buch, in welchem die beiden Gesetze sowie alle hierher gehörenden Ausführungsbestimmungen und Ministerialerlasse sehr eingehend und leicht faßlich erläutert sind, als gut brauchbar anzusehen.

Jeder Interessent, der sich auf diesem Gebiete Rat holen will, insbesondere auch die Behörden selbst, eingeschlossen die gesamte Rechtswahrerschaft wird in diesem Werk eine wertvolle Unterstützung haben. Es kann nur bestens empfohlen werden.

RA. Dr. Ludwig Lechner, München.

Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz. Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre und Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes nebst Durchführungsverordnungen sowie einschlägigen Bestimmungen. Dargestellt, medizinisch und juristisch erläutert von: Dr. med. Arthur Gütt, MinDir. im RMdJ., Dr. med. Herbert Linden, MinR. im RMdJ., Franz Maßfeller, AGR. im RJM. Anhang: Reichsbürgergesetz mit Übersichtstafeln u. Erläuterungen, wie Erlasse zu den obigen Gesetzen für den Handgebrauch der Standesbeamten, der Gesundheitsämter und Erbgesundheitsgerichte. München 1936. J. F. Lehmanns Verlag. 366 Seiten. Preis geb. 9,60 *RM*.

Die Eheanfechtung wegen Erbkrankheit steht heute im Mittelpunkt des Interesses bei allen Rechtsanwälten und Richtern, die in Ehesachen tätig sind. Der vorliegende Kommentar gibt eingehende Erläuterungen, was eine „verständige Würdigung des Wesens der Ehe" ist und wann man sich „von der Eingehung einer Ehe abhalten lassen" soll (§ 1333 BGB.). Es entspricht dem Zuge nationalsozialistischer Rechtserneuerung, daß diese Erörterungen nicht an das Ehelösungsrecht anknüpfen, sondern an das Eheschließungsrecht, zu dem sie gehören. Gerade dadurch vermögen sie eine befriedigende Lösung zu finden, was bisher unmöglich schien. Das RG. hat bekanntlich seit einiger Zeit seine Rechtsprechung in dieser Frage als nicht mehr zeitgemäß verlassen und sucht in neueren Entscheidungen, z. B. JW. 1936, 249, 1668, der modernen Erbpflege gerecht zu werden. Diese Urteile sind aber gerade von Erbbiologen — Ärzten und Rechtswahrern — scharf kritisiert worden. So z. B. von Liebnitz: Deutsches Ärzteblatt 1936, 92 und von Maßfeller: DJ. 1936, 1287. Die neuere Rechtsprechung des RG. würde — allgemein durchgeführt — ungeheuerliche Folgen haben, sie gäbe einen erbgesundheitlichen Vorwand (nicht etwa Grund!) zur Auflösung zahlreicher Ehen. Eine Kritik der einzelnen RGUrteile würde hier zu weit führen. Es sei aber darauf hingewiesen, daß das RG. z. B. bei Schizophrenie in jedem Falle festgestellt wissen will, ob die Anlage dazu schon vor der Eheschließung vorhanden war (Tatfrage), obwohl es geltendes Recht in Deutschland ist, daß die richtig gestellte Diagnose „Schizophrenie" stets die Feststellung einer Erbkrankheit enthält (Rechtsfrage, § 1 Abs. 1 Ziff. 2 ErbkrNachwGes.). Die weiter vom RG. bisweilen vorgenommene Unterscheidung von ererbten und vererbbaren Krankheiten und die verschwommenen Ausführungen über Erbträger und Erbschäden von Nachkommen fordern die Kritik jedes Fachmannes heraus. Sie zeigen, wie gefährlich es ist, wenn der Jurist, statt die lebendigen Sachverhalte zu meistern, zu dem Hilfsmittel logischer Konstruktionen greift, um Recht zu finden.

Es ist vielleicht die wichtigste Aufgabe des vorliegenden Kommentars, dem Rechtswahrer die fehlende wissenschaftliche Ausbildung auf diesem Gebiet zu ersetzen. Er tut es, soweit ein guter Kommentar fehlende Vorbildung überhaupt zu ersetzen vermag.

Das EhegesundhG. ist nach meiner Erfahrung in den Kreisen der Praktiker noch viel zu wenig bekannt. Es hat eine ganz grundlegende Bedeutung. Vorläufig wird der Rechtsanwalt durch die Praxis noch nicht darauf hingewiesen, weil der Gesetzgeber — um einwandfreies Arbeiten der Behörden zu gewährleisten — eine Anlaufzeit vorgesehen hat. Die Anlaufzeit ist aber nicht so gewählt worden, wie s. Z. beim BGB., das 1896 veröffentlicht wurde und 1900 in Kraft trat. Das EhegesundhG. ist vielmehr sofort in Kraft getreten. Schon seit einem Jahre sprechen die ErbgesGer. nach ihm Recht. Die Zahl der Ehegesundheitssachen wird nur vorläufig durch eine Sonderbestimmung klein gehalten, um den Gesundheitsämtern das Einarbeiten zu ermöglichen. Die Bestimmungen des EhegesundhG. sind aber heute schon voll geltendes Recht. Die in ihm aufgestellten Rechtsgrundsätze sind nicht nur für die Erbgesundheitsrichter, sondern für alle am Eherecht arbeitenden Rechtswahrer verbindlich. Das EhegesundhG. ist auch nicht nur eine gesundheitliche Betreuungsvorschrift für Gesundheitsämter, verbunden mit einigen neuen Ehehindernissen. Auch diese würden für Anwalt und Richter als Ergänzungen

von §§ 1323 ff. BGB. wichtig sein. Hier handelt es sich tatsächlich um viel mehr, nämlich um die Verlagerung des Schwerpunktes im Eherecht überhaupt, nämlich vom Eheauflösungsrecht zum Eheschließungsrecht. Diese neuen Eherechtsgrundsätze müssen auch bei der Eheanfechtung (§ 1333 BGB.) und Ehescheidung (Ehezerrüttung, Zumutbarkeit der Ehefortsetzung) nicht nur beachtet, sondern zugrunde gelegt werden, wenn man auf dem Boden des heute geltenden Rechts bleiben will. Die neuen Grundsätze des Eherechts finden in dem vorliegenden Kommentar eine Interpretation, die nach der Amtsstellung der Kommentatoren nahezu als authentisch anzusehen ist. Es darf in Zukunft kein Urteil mehr geben, das sich im Eheprozeß mit Gesundheitsfragen beschäftigt und sich nicht mit den Ansichten von Gütt, Linden und Maßfeller auseinandersetzt. Der Kommentar hat nicht Gesetzeskraft, er läßt eine Fortbildung zu, wie sie jedes lebendige Recht braucht. So wäre es z. B. durchaus zu begrüßen, wenn die von Maßfeller angeregte Abwägung der Erbwerte beider Gatten im Eheanfechtungsprozeß durch die Rechtsprechung aufgegriffen und ausgebaut würde. Wer aber von den Ansichten, die von den Verfassern vertreten werden, abweichen will, bedarf guter Gründe, wie sie nur dem erbbiologisch gebildeten Fachmann zu Gebote stehen.

Der Kommentar von Gütt-Linden-Maßfeller zum EhegesundhG. darf nicht mit dem von Gütt-Rüdin-Ruttke „zur Verhütung erbkranken Nachwuchses" verwechselt werden, der gleichzeitig in 2. Auflage erscheint. Beide Werke haben einen ähnlichen Aufbau: knappe grundsätzliche Einleitung, eingehende Erläuterung für die praktische Anwendung der einzelnen Gesetzesbestimmungen, ohne den wissenschaftlichen Charakter des Werkes zu beeinträchtigen. Besonders angenehm sind die an den Rand gedruckten Schlagwörter, die ein schnelles Wiederfinden gesuchter Stellen ermöglichen.

Neben der grundsätzlichen Bedeutung für den Eheprozeß ist das Buch als Nachschlagebuch für Rassenfragen (Nichtarierfragen) wichtig. Es enthält eingehende Hinweise für die Handhabung des Blutschutzgesetzes und seiner Ausnahmen (Befreiungsgesuche). Es erörtert auch genau die Frage, wer Reichsbürger ist, was gemeinde- und staatsrechtliches Interesse hat. Außerdem enthält es eine Sammlung der Nichtarierbestimmungen, die recht dankenswert ist, weil sie das zeitraubende Suchen in den Gesetzesblättern entbehrlich macht.

Daß dieser Kommentar schließlich für jeden Erbgesundheitsrichter zum täglichen Handwerkszeug gehört, ist so selbstverständlich, daß ich nur der Vollständigkeit halber darauf hinweise. Richter C. G. Meinhof, Hamburg.

Sonderfürsorge für Kinderreiche. Hrsg. von Dr. Hans Georg Ballarin, Hauptstellenleiter der NSV. (RL.) und Dr. Hellmuth Rößler, Referent der NSV. (RL.) unter Mitwirkung der Reichsbundesleitung des Reichsbundes der Kinderreichen Deutschlands e. V. 2. vermehrte Auflage. Leipzig 1936. Verlag Friedrich A. Wordel. 73 Seiten. Preis 0,95 *RM*.

Das deutsche Volk war ein sterbendes Volk. Die katastrophale Entwicklung der Bevölkerungsziffer ist mit dem Jahre 1933 gestoppt worden. Seitdem steigt die Bevölkerungskurve wieder an. Diese Erscheinung ist ein deutlicher Beweis für den inneren Wandlungsvorgang seit 1933 und für das gläubige Vertrauen, das das deutsche Volk seiner nationalsozialistischen Führung entgegenbringt. Dieses Vertrauen wird in jeder Weise gerechtfertigt. Nicht nur der Begründung von Ehen ist der Weg wirtschaftlich geebnet worden (Ehestandsdarlehen), sondern der deutsche Staat kümmert sich auch um das Los seiner treusten Familien, der Vollfamilien, die trotz Not und Entbehrung, trotz Spottes und Verachtung in der Systemzeit, dem deutschen Volke eine reiche Zahl von Kindern schenkten. In Gesetzen, Verordnungen und Erlassen sind die Grundlagen für eine wirksame wirtschaftliche Hilfe gegeben worden, und Partei und Staat haben in Aufrufen und Erlassen wie in ihren Hilfsmaßnahmen den kinderreichen Familien die ihnen gebührende Achtung zuteil werden lassen. Alle auf dem Gebiet der Sonderfürsorge für Kinderreiche bisher erlassenen Bestimmungen sind in der vorliegenden Broschüre gesammelt und in systematischer Gliederung (Staatliche Kinderbeihilfen, die Kinderreichen in den Steuergesetzen, Sonstige Maßnahmen zur Förderung der Kinderreichen, Der Reichsbund der Kinderreichen) abgedruckt.

Rudolf Leppin, Berlin.

Dr. Dr. F. Reuter und Dr. G. A. Waetzoldt: **Aufartung durch Ausmerzung, Sterilisation und Kastration im Kampf gegen Erbkrankheiten und Verbrechen.** Berlin 1936. Verlag Reimar Hobbing GmbH. 112 Seiten. Preis geb. 6,20 *RM*.

Das Buch von Reuter und Waetzoldt kann keinesfalls befriedigen; insbesondere ist es auch kein Handbuch, das gewissermaßen die erste geschlossene und erschöpfende Darstellung aller sogenannten „negativen Maßnahmen der Bevölkerungspolitik" enthält, wie es in der Werbedrucksache heißt. Tatsächlich umfaßt die Arbeit nur 87 Textseiten; auch inhaltlich ist mancherlei an der Veröffentlichung zu beanstanden.

Auf Seite 12 ist die Darstellung der Strahlenunfruchtbarmachung unvollständig, und der nicht unterrichtete Leser muß den Eindruck erhalten, als ob die Erbkranken durch das Gesetz einer unsicheren und gefährlichen Eingriffsart ausgesetzt werden. Tatsächlich ist das nicht der Fall.

Sehr merkwürdig erscheint auch die Feststellung auf Seite 29, daß eine erbbiologisch fundierte positive Bevölkerungspolitik erst in geringem Umfange möglich sei. Demgegenüber steht die Tatsache, daß das Schwergewicht der nationalsozialistischen Erbpflege gerade auf dem Gebiete der vorbeugenden und fördernden Maßnahmen liegt.

Auch die Darstellung des Schwachsinns läßt sehr zu wünschen übrig. Nicht richtig ist auch die Darstellung auf Seite 37 oben, daß der Gesetzgeber den Nachweis verlange, daß der Schwachsinn nicht erblich sei. Auch die Darstellung der sonstigen Krankheiten auf Seite 46 muß als nicht ausreichend angesprochen werden. Ferner geben die Darstellungen über Alkoholismus zu Beanstandungen Veranlassung.

Auf Seite 70 wird vom Kreisarzt und Bezirksarzt gesprochen, statt vom Amtsarzt. Auf Seite 72 fehlt z. B. die Tatsache, daß auf Verlangen die Gründe des Beschlusses vollständig zugestellt werden müssen, ebenso die Darstellung der Voraussetzungen einer Wiederaufnahme, wenn diese zum Zwecke der Unfruchtbarmachung beantragt wird.

Auf Seite 75 ist nicht berücksichtigt worden, daß der Reichs- und Preuß. Minister des Innern seine Befugnis zur Errichtung der Gutachterstellen dem Reichsärzteführer übertragen hat.

Es würde zu weit führen, wenn alles das angeführt würde, was an dem Buch auszusetzen ist. Besonders wäre noch zu erwähnen, daß abgelehnt werden muß, daß die Verf. sich für die Begriffe „Sterilisation" und „Kastration" einsetzen, während der Gesetzgeber absichtlich die Begriffe „Unfruchtbarmachung" und „Entmannung" eingeführt hat. Den Verf. ist die große Bedeutung des ErbkrNachwGes. nicht aufgegangen, auch fällt es auf, daß von Eugenik gesprochen wird, anstatt von Erb- und Rassenpflege. Das Buch muß abgelehnt werden. Dr. Ruttke, Berlin.

Ergänzungsband zum Rechtspfleger-Jahrbuch 1936. Herausgeber: Reichsgruppenwalter Rechtspfleger des NSRB. RegR. J. Singer. Berlin 1936. Deutscher Rechtsverlag GmbH. 332 S. Preis geb. 3 *RM*.

Zu dem JW. 1936, 1884 besprochenen Rechtspfleger-Jahrbuch 1936 ist ein Nachtrag erschienen, ein Ergänzungsband, in dem die für die Rechtspfleger wesentlichen Vorschriften (AV., VO., Gesetze) des Beamtenrechts einschließlich der Besoldung, der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesens, des Kostenrechts und des Urkundensteuerrechts zusammengefaßt sind. Diese Bestimmungen sind als Ergänzungsband herausgebracht worden, um einer Überfüllung des Jahrbuches 1937 vorzubeugen. Der Band ist ebenso ausgestattet wie das Jahrbuch 1936.

Rudolf Leppin, Berlin.

RA. Dr. **Karl Friedrich Schrieber**, Referent in der Reichskulturkammer: **Das Recht der Reichskulturkammer.** Bd. IV v. 1. Jan. bis 30. Juni 1936. Mit Anhang: Erste Anordnung über den Beruf des Architekten vom 28. Juli 1936. Anpassungsanordnung des Präs. der Reichsfilmkammer v. 11. Juli 1936. Berlin 1936. Junker u. Dünnhaupt Verlag. 168 S. Preis geb. 5,50 *RM*.

Der vierte Band weist die gleichen Vorzüge wie sein Vorgänger auf, durch die sie sich bei jedem Interessenten nahezu unentbehrlich gemacht haben. Wieder ist, wie Stichproben ergeben haben, der Abdruck vollständig und textlich einwandfrei. Daß **Schrieber** bei den Anordnungen der Reichsrundfunkkammer auch einzelne amtliche Hinweise der Reichsrundfunkkammer abgedruckt hat, ist begrüßenswert, weil sich hierin Elemente zu einer Neubildung des Rundfunkrechts vorfinden, die vom wissenschaftlichen Schrifttum sonst leicht übersehen werden konnten. Sehr zweckwidrig ist auch der Abdruck des Aufsatzes des Präs. der Reichspressekammer, in dem er zum Sinn und Zweck der Anordnung zur Wahrung der Unabhängigkeit des Zeitschriftenverlagswesens v. 30. April 1936 Stellung nimmt.

RA. Dr **Willy Hoffmann**, Leipzig.

Die Einigungsämter zur Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten auf Grund des § 27a UnlWG. von Dr. **Carl Adolf Hammann**, GerAss., Referent bei der Industrie- und Handelskammer zu Solingen. Herausgegeben durch die im Bereich der Bezirkswirtschaftskammer Düsseldorf bestehende Arbeitsgemeinschaft der Industrie- und Handelskammern Düsseldorf, Duisburg, Essen, Krefeld, M.-Gladbach, Solingen, Wuppertal. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 80. S. Preis kart. 2,50 *RM*.

Die wettbewerbliche Rechtspflege entbehrt, wie man nicht verkennen darf, einer gewissen Einheitlichkeit. Eine Unzahl von Instanzen, Verbänden und Gruppen glaubt sich berufen, maßgeblich wettbewerbliche Streitfragen entscheiden zu können. Auf der anderen Seite wehren sich Gerichte und Rechtswahrer gegen eine Ausschaltung aus dem wirtschaftlichen Rechtsleben.

Mitten in diesen Erörterungen stehen die Einigungsämter für Wettbewerbsstreitigkeiten, wie sie der § 27a des Wettbewerbsgesetzes zur gesetzlichen Gutachter- und Aussprachestelle bestimmt hat. Es ist verdienstvoll, sich dieser Einrichtung schriftstellerisch anzunehmen, denn einmal hat sie sich gut bewährt, und zum anderen ist sie Helfer der Rechtspflege im besten Sinne.

Der Verf. gibt in elf Abschnitten einen Überblick über diesen Ausschnitt ständischer Selbstverwaltung in der Rechtspflege.

Eine kurze geschichtliche Darstellung dient dem Nachweis, daß die aus den freiwilligen Einigungsämtern entwickelten, gesetzlich begründeten Gütestellen ständischer Selbstverwaltung ein wertvolles Erziehungsmittel sind, dessen man auch als Mittler ntaionalsozialistischen Gedankengutes auf dem Gebiete des Wettbewerbs nicht entraten könne.

Die Darstellung der rechtlichen Struktur setzt sich eingehend auch mit dem Vorwurf auseinander, daß das Tätigkeitsfeld der Gerichte nach manchen Kritikern eingeengt werde.

Hierbei fehlt es jedoch an der Hervorhebung eines sehr wesentlichen Gedankenganges. Die Staatsgerichte sind bei aller Vorsicht des Gesetzgebers immer Einrichtungen, die nicht so stark im Wirtschaftsleben stehen können, um wirtschaftliche Vorgänge aus eigener Sachkunde zu beurteilen. Die bei den amtlichen Vertretungen von Handel, Handwerk und Industrie eingerichteten Einigungsämter sind durch ihre Besetzung und durch die fortdauernde Beschäftigung mit Wirtschaftsfragen geeignet, Mittler wirtschaftlicher Auffassungen für die ordentlichen Gerichte zu sein.

Daß von der gutachtlichen Tätigkeit der Einigungsämter in Strafsachen nicht unerheblicher Gebrauch gemacht wird, ist ein erfreuliches Zeichen, wie sich die Zusammenarbeit zwischen ständischer Selbstverwaltung und staatlicher Gerichtsbarkeit bewährt. Im Zivilprozeßverfahren fehlt es hieran trotz der gesetzlichen Vorschriften im § 27a UnlWG. vollständig.

Diese Tatsache ist gewiß nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß von vielen Stellen die Gerichte in eine Abwehrstellung gegenüber den Einigungsämtern gedrängt werden. Wenn sich hierin Wandel schaffen ließe, wäre beiden Teilen gedient.

Die weiteren Ausführungen des Verf. lassen diesen Gesichtspunkt immer wieder in den Vordergrund treten. Seine Ansicht zur Zuständigkeit der Einigungsämter ist interessant und deckt sich im wesentlichen mit der allgemeinen Auffassung. Sie leidet jedoch ebenso wie die Kritik an der Auskunftstätigkeit an einer zu formalen Auffassung über das Verfahren vor den Einigungsämtern.

Die Systematik des Wettbewerbsgesetzes ist schlecht. Die Lebenserscheinungen im Wettbewerbskampf sind aber so vielseitig, daß ihre Einordnung sehr schwer sein wird. Man kann daher nicht von vornherein bei einer Wettbewerbsfrage über Zuständigkeit oder Unzuständigkeit der Einigungsämter entscheiden. Die Erörterung mit den Parteien wird in vielen Fällen erst zeigen, in welcher Richtung die Ursache des Streits zu suchen ist.

Man kann daher nicht, wie der Verf. meint, einfach § 13 UnlWG. für die Zuständigkeit zugrunde legen. Die Fassung der Vorschrift wird immer wieder und mit Recht als unzulänglich bekämpft.

Bei der rechtlichen Struktur und der Zuständigkeit vermißt man einen ausreichenden Hinweis auf die Dreiteilung des Verfahrens vor den Einigungsämtern.

1. Die Tätigkeit, die mit dem gutachtlichen Spruch endet und die im Gesetz verankert ist.
2. Die Tätigkeit des Einigungsamts, die unabhängig von seiner Zuständigkeit zum vergleichsweisen Ausgleich von Wettbewerbsstreitigkeiten, insbes. zu Schiedssprüchen führen kann.
3. Die Tätigkeit, die an Stelle des gutachtlichen Spruchs nach Übereinkunft der Parteien den Vergleich setzt.

Aus diesen drei Möglichkeiten ergibt sich ein völlig verschiedener Ablauf des Verfahrens. Daraus folgt auch, daß frei von jeder Förmlichkeit die Mitbewerber zur Aussprache und Beratung vor einem Sachverständigenforum sich treffen.

Im Abschn. 10 finden wir bemerkenswerte Vorschläge für eine weitere Klärung der recht schmalen gesetzlichen Grundlage. Bei den Vorschlägen des Verf. müßten jedoch noch eingefügt werden, daß das Anrufen des Einigungsamts eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt. Nur so kann vermieden werden, daß die Parteien einen von ihnen ungewollten Prozeß anstrengen, nur um ihrer Ansprüche bei der sehr kurzen Verjährung des Wettbewerbsgesetzes nicht verlustig zu gehen.

Die Arbeit des Verf. ist von der Arbeitsgemeinschaft der Industrie- und Handelskammern im Wirtschaftskammerbezirk Düsseldorf herausgegeben worden. Schon diese Tatsache zeigt, daß der Inhalt der Schrift den interessierten Kreisen vieles zu bieten haben wird.

Es ist nur zu begrüßen, wenn immer wieder und mit der gleichen Korrektheit, die der Verf. auf seine Arbeit verwandt hat, Gelegenheit gegeben wird, sich in die etwas spröde und für das gewerbliche Leben sehr wichtige Rechtsmaterie einzuarbeiten. Es kann nur empfohlen werden, die gutverständliche Ausarbeitung über die Einigungsämter zu lesen. Es wird dann manches Mißverständnis und manche bewußte oder unbewußte Feindseligkeit vermieden werden. Wie die Einigungsämter dem Wirtschaftsfrieden dienen, so fördert auch die Arbeit des Verf. dieses Ziel dadurch, daß sie Sinn und Zweck der Einrichtung erläutert.

RA. Dr. **Günter Hecht**, Berlin.

Dr. **Kurt Junckerstorff**: **Die Praxis des Zugabeverbots.** Gesetz, Rechtsprechung und Erläuterungen. 3. Auflage. Leipzig 1936. Verlag Jüstel & Göttel. 115 S. Preis kart. 2,70 *RM*, geb. 2,90 *RM*.

Nach der Vorbemerkung zur dritten Auflage will der Verf. gegenüber seiner früheren Aufgabe eine systematische Darstellung des neuen Zugaberechts zu geben, nach Klärung der wissenschaftlichen Grundlagen der Regelung die volle und dauernde Wirksamkeit sichern.

Der Aufbau der Schrift steht auch im Ziel dieser Aufgabe. Dennoch kann man nicht verkennen, daß es zu einer Kampfschrift für das Zugabeverbot in der heutigen gesetzlichen Form

und gegen alle die geworden ist, die in der Zugabeverordnung noch nicht die letzte klare Fassung sehen.

Der Anhang bringt die reichsrechtliche Regelung des Zugabewesens, die amtlichen Erläuterungen, das Preisnachlaßgesetz sowie die einschlägigen ministeriellen Erlasse und Verfügungen, das Gutachten der Reichswirtschaftskammer über Kopplungsverkäufe, Urteilsauszüge und Äußerungen des Reichsausschusses für das Zugabeverbot e. V.

Der Verf. gibt als Leiter des Reichsausschusses für das Zugabeverbot eine gute Schilderung des Zugaberechts. Er verwendet in weitem Umfange die Rechtsprechung und amtlichen Äußerungen, die gut zusammengestellt einen Überblick über die Rechtsmaterie bieten. Man kann jedoch das Buch nicht als eine reine Interessenschrift des Reichsausschusses für das Zugabeverbot e. V., dessen Existenznotwendigkeit mit Rücksicht auf die einheitliche Leitung der Rechtsentwicklung in der Akademie für Deutsches Recht in der letzten Zeit umstritten worden ist, ansprechen.

Der Verf. bemüht sich, auch im einzelnen auf die Mißstände hinzudeuten, die die unscharfe Fassung der gesetzlichen Vorschrift hervorgerufen hat. Ihm ist nicht beizupflichten darin, wenn er diese Mißstände für unbedeutend hält und die Versuche, sie abzustellen, als „Zugabewelle“ kennzeichnet. Es muß den gemeinsamen Bemühungen aller, die guten Willens sind, gelingen, Unklarheiten und unzureichende Fassungen des Kompromißgesetzes, das die Zugabeverordnung nun einmal darstellt, zu einer klaren und auch allgemeinverständlichen Lösung zu führen. Dem Verf. ist durchaus zuzustimmen, wenn er die Auswüchse des Zugabewesens als eine ernste Bedrohung des Einzelhandels ansieht. Vielleicht wird jedoch nicht der Gegensatz genügend herausgestellt, der zwischen einer ernsten Bedrohung und den Dingen besteht, die völlig unerheblich für das gesamte und unwichtig für den einzelnen sind.

Die Ausführungen über die akzessorische Natur der Zugabe halten im wesentlichen die gleiche Linie, die der Verf. bisher vertreten hat. Er verlangte früher den unmittelbaren Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenleistung, er umschreibt es heute als den Zusammenhang der Bestandteile des Haupt- und des Nebenrechtsgeschäfts. Er macht sich dabei die Auffassung zu eigen, die auch von Gottschick vertreten worden ist, nämlich daß die einmaligen Gaben des Verkäufers zu besonderen Gelegenheiten ohne näheren Zusammenhang mit der Kaufhandlung nicht einer Beurteilung nach dem Zugaberecht unterliegen.

Diese Auslegung wird der Stellungnahme des RG. und seiner Entscheidung vom 10. Dez. 1935 nicht ganz gerecht. Das RG. erkennt keinen weiteren oder engeren Zusammenhang an. Nach der Begründung seines Urteils tritt der Zugabecharakter immer dann hervor, wenn überhaupt einmal eine Kaufhandlung, ein andermal eine unentgeltliche Hingabe von Ware oder Leistung erfolgt. Es wäre wünschenswert, wenn die Ansicht des Verf. in der Praxis sich durchsetzen könnte. Nur fehlt es m. E. an der genügend sicheren gesetzlichen Grundlage.

Hier wäre es notwendig, in sorgfältiger Erwägung eine gute Fassung des Gesetzes zu finden.

Das von dem Verf. gewählte Beispiel der unzulässigen Leistungszugabe, nämlich die Bestellkarte, deren Porto der Verkäufer trägt, ist, wie Feststellungen in Einzelhandelskreisen bei der Industrie- und Handelskammer zu Berlin ergeben haben, von diesen einhellig als nicht unter das Zugabeverbot fallend erachtet worden.

Sehr interessant sind die Ausführungen auf S. 29—31 über die gerade in letzter Zeit häufig erörterte Frage der offenen Kopplungsverkäufe. Das Gutachten der Reichswirtschaftskammer lehnt eine Anwendungsmöglichkeit der Zugabeverordnung auf diese Kaufhandlungen ab. Das bekämpft der Verf. m. E. mit Unrecht.

Die offenen Kopplungsverkäufe mögen wirtschaftlich durchaus zu verurteilen sein. Man kann ihnen auch mit Hilfe des Wettbewerbsgesetzes beikommen. Es hieße aber der Zugabeverordnung eine mit nichts gerechtfertigte Auslegung geben, wenn man annehmen wollte, daß der Verkauf mehrerer Waren zusammen, wenn für jede Ware besondere Einzelpreise berechnet werden, der Zugabeverordnung unterliegt. Die Rechtsprechung vertritt ebenfalls diese Ansicht.

Der Verf. hat seine Ansicht über die Ankündigung der erlaubten Zugabeausnahmen entsprechend der Rechtsprechung des RG. revidiert.

Man kommt nach eingehender Beschäftigung mit der Schrift zu dem Ergebnis, einen sehr interessanten Beitrag zur Praxis des Zugabeverbots vor sich zu haben. Es kann in Fachkreisen nur empfohlen werden, sich immer wieder mit diesen Fragen an Hand des neueren Schrifttums zu beschäftigen.

RA. Dr. Günter Hecht, Berlin.

RA. Dr. Siegfried von der Trenck: Der einheitliche Schutzgegenstand des Patents. Seine Prüfung, Umgrenzung und Auswirkung der Erfindungstragweite nach dem neuen Patentgesetz. Berlin und Leipzig 1936. Verlag Walter de Gruyter & Co. 272 S. Preis geb. 12 *RM*.

Die Schrift beschäftigt sich mit den Mängeln der bisherigen Patentauslegung. Als solche bezeichnet sie

1. die unzureichende Patentbestimmung im Erteilungsverfahren,
2. die unfreie Auslegung des Patents im Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren, insbes. im Identitätsstreit, und
3. die übermäßig freie Auslegung im Verletzungsstreit.

Zur Beseitigung dieser Mängel schlägt der Verf. eine freiere und eingehendere Behandlung im Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren vor, d. h. die Bestimmung des Schutzumfanges im Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren, soweit dies eben in diesen Verfahren möglich ist, und eine zurückhaltendere Behandlung im Verletzungsstreit, so daß abweichende Feststellungen nur in zwingenden Fällen und mit größter Vorsicht getroffen werden, also kurz gesagt, eine enge Zusammenarbeit zwischen Gericht und PatA.

Diese Mängel der Patentauslegung und ihre Beseitigung im Sinne der Vorschläge des Verf. sind bereits Gegenstand der Verhandlungen des Ausschusses für Gewerblichen Rechtsschutz der Akademie für Deutsches Recht gewesen (vgl. Duisberg: AkadZ. 1934, 65 ff.). Die „technische Durchdringung“ der Gerichte hat sich der Ausschuß, unter der Führung des leider verstorbenen GehR. Prof. Dr. Duisberg, einem der erfahrensten Patentrechtler, allerdings anders gedacht als der Verf. Während der erstere die Zuziehung technischer vollverantwortlicher Richter mit den erforderlichen Rechtskenntnissen zu den Kammern und Senaten für erforderlich hält, ist nach v. d. Trenck der „technische Staatsanwalt“, so wie er im neuen Gesetz vorgesehen ist — übrigens eine nicht zutreffende Bezeichnung —, ausreichend hierfür. Daß dies unmöglich ist, ist in einer Reihe von Abhandlungen und Vorträgen aus den letzten Jahrzehnten von den verschiedensten Seiten dargetan worden. Es soll hier nur z. B. auf Duisberg in den Berichten über die Kongresse für gewerblichen Rechtsschutz in Frankfurt a. M. im Jahre 1900 und in Leipzig im Jahre 1908 verwiesen werden, wo er u. a. ausführt:

„Wir sind nämlich der Meinung, daß alle Patentrechtsfragen nicht allein von Juristen, sondern von Juristen und von Technikern entschieden werden sollten.“

„Wir wünschen nur neben den bisherigen Sachverständigen ein Kollegium, bestehend aus drei Richtern und zwei Technikern.“

Zum Schluß seiner Abhandlung macht von der Trenck einige Vorschläge zur Verbesserung des Prüfungsverfahrens. Dabei geht er von der nicht richtigen Annahme aus, daß der Prüfer des PatA. gleichzeitig Richter und Gegner des Anmelders sei, und schlägt deshalb die Einschaltung eines Amtsvertreters der Allgemeinheit vor, ein Weg, der unmöglich ist (vgl. S. 148).

Abgesehen hiervon und von noch einigen abwegigen Ansichten und Vorschlägen ist die Schrift wegen ihrer Ausführlichkeit und weil sie einen guten Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung an Hand von Entscheidungen des PatA. und der Gerichte von 1900 an gibt, eine wertvolle Bereicherung des Fachschrifttums.

PatAnw. Dr. Arthur Ullrich, Berlin.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

1. § 6 PatG.; §§ 326, 259 BGB. Lizenzvertrag. Der Rücktritt von einem Lizenzvertrag ist nicht gegeben, wenn der Vertragsgegner nur mit einer Nebenleistung im Verzuge ist. Die Verpflichtung zur Abrechnung ist dann eine Nebenleistung, wenn die Abrechnung, beiden Teilen bewußt, nicht zur Zahlung, sondern nur zu einer Aufrechnung führen kann.†)

Der Auffassung des BG., daß der Lizenzvertrag der Parteien kein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis darstellt, kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. (Wird ausgeführt.)

Nun hat die Rspr. ein Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde bei gewissen Verträgen auch dann anerkannt, wenn ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis durch sie nicht begründet worden ist. Vertragsverhältnisse, die auf längere Dauer eingegangen sind und in besonderem Maße auf gegenseitigem Vertrauen beruhen, können gekündigt werden, wenn das Vertrauen in einem solchen Maße erschüttert ist, daß dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (RGZ. 65, 37; 78, 424 = JW. 1912, 535; RGZ. 95, 166; RGRKomm. Erl. 2 vor § 705 BGB.). Daß durch den Vertrag v. 4. Sept. 1930 ein derartiges Vertragsverhältnis begründet worden ist, hat das BG. nicht ausdrücklich festgestellt. Da es aber trotz der Ablehnung der Annahme eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses prüft, ob der Erstbekl. berechtigt gewesen ist, den Vertrag v. 4. Sept. 1930 zu kündigen, weil ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten des Erstbekl. mit der Kl. ausgeschlossen war, muß angenommen werden, daß es den Lizenzvertrag als ein solches in besonderem Maße auf Vertrauen beruhendes Rechtsverhältnis angesehen hat. Ob ihm hierin gefolgt werden kann, braucht nicht entschieden zu werden, weil die Begründung, mit der das BG. eine das Kündigungsrecht begründende Erschütterung des Vertrauens verneint hat, zu durchgreifenden rechtlichen Bedenken keinen Anlaß gibt. Das BG. führt hierzu aus, die Parteien seien darüber einig, daß ihre rechtlichen Beziehungen Anfang Febr. 1934 noch völlig in Ordnung gewesen seien. Das ergebe sich auch aus dem Briefe des Erstbekl. an die Kl. v. 1. Febr. 1934. Die Differenzen zwischen dem Bekl. zu 1 und der Kl. seien erst durch das Abkommen, welches die Bekl. miteinander getroffen hätten, herbeigeführt worden. Sie seien ihrem Grunde nach dadurch beseitigt, daß der Bekl. zu 1 von diesem Abkommen zurückgetreten sei. Noch in seinen Briefen v. 23. und 25. Febr. 1934 habe der Bekl. zu 1 zum Ausdruck gebracht, daß er ein weiteres gedeihliches Zusammenarbeiten mit der Kl. für möglich hielt. Wenn die Rev. demgegenüber darauf hinweist, der Bekl. zu 1 habe schon in seinem Schreiben vom 15. April 1931 erklärt, er sei zu der Einsicht gekommen, daß ein Zusammenarbeiten mit der Kl. unmöglich sei, so kann dem keine Bedeutung beigemessen werden. Denn der Bekl. zu 1 hat aus dieser angeblichen Einsicht keine rechtlichen Folgerungen gezogen, sondern das Zusammenarbeiten mit der Kl. jahrelang fortgesetzt. Daß es dabei nicht ohne Meinungsverschiedenheiten abgegangen ist, die gelegentlich zu ähnlich scharfen Äußerungen geführt haben, wie sie der Brief v. 15. April 1931 enthielt, mag zutreffen. Das BG. war rechtlich nicht gehindert, aus der Tatsache, daß der Bekl. noch in seinem Brief v. 23. Febr. 1934 der Hoffnung, „daß jetzt alles in Ordnung gehe", Ausdruck gegeben und in seinem Briefe v. 25. Febr. Vorschläge für eine Neuordnung der vertraglichen Beziehungen der Parteien gemacht hat, zu folgern, daß damals eine die Möglichkeit weiteren Zusammenarbeitens ausschließende Störung der persönlichen Beziehungen der Parteien zueinander noch nicht bestanden hat. Ob der Bekl. zu 1 im Rechtsstreit einen anderen Standpunkt eingenommen hat, ist demgegenüber ohne Bedeutung. Es braucht deshalb nicht geprüft zu werden, ob das BG. die Einigkeit der Parteien über den Fortbestand normaler Beziehungen bis Anfang Febr. 1934 mit Recht festgestellt hat. Wenn der Erstbekl. der Kl. in dem Briefe v. 25. Febr. 1934 für den Fall der Ablehnung seiner Vorschläge mit Strafanzeigen gedroht hat, brauchte das BG. dem keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Der Bekl. zu 1 hat, wie schon bemerkt, auch in seinem Briefe v. 15. April 1931 scharfe Vorwürfe gegen die Kl. erhoben, ohne dann Folgerungen daraus zu ziehen.

Soweit das BG. dem Erstbekl. das Recht versagt, den Lizenzvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, ist seine Entsch. schon deshalb nicht zu beanstanden, weil Lizenzverträge im Zweifel als auf die Dauer des Patents geschlossen gelten (Pietzcker, Anm. 24 zu § 6 PatG.). Ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme, daß die Parteien des Lizenzvertrages im vorl. Fall etwas anderes gewollt haben, hat der Bekl. zu 1 nicht geltend machen können.

Endlich kann auch der Auffassung des OLG., daß dem Erstbekl. ein Recht zum Rücktritt von dem Lizenzvertrage gemäß § 326 BGB. deshalb nicht zusteht, weil die Verpflichtung der Kl. zur Erteilung von Abrechnungen nur eine Nebenverpflichtung darstellt, bei der besonderen Lage des Falles im Ergebnis nicht entgegengetreten werden, obwohl der Begründung nicht in vollem Umfange zugestimmt werden kann. Der Bekl. zu 1 hat der Kl., nachdem er schon durch seinen Brief v. 20. Febr. 1934 um Erteilung der Abrechnungen für die Jahre 1932/33 und den Monat Jan. 134 ersucht hatte, in seinem Schreiben v. 23. Febr. 1934 erklärt: „Ich bitte nun nochmals um die rückständigen Rechnungskopien, Auftragsbestätigungen und Abrechnungen bis zum 28. cr. Sollte ich bis dahin nicht im Besitze derselben sein, muß ich den Vertrag kündigen, bzw. eine gerichtliche Auflösung unserer Gemeinschaft beantragen; wer dann den größten Schaden hat, werden Sie dann sehen." Daß dieser Brief eine den Bestimmungen des § 326 BGB. genügende Fristsetzung enthielt, hat das OLG. mit Recht angenommen und wird auch von der Rev. nicht in Zweifel gezogen. Die Verpflichtung zur Erteilung der Rechnungskopien war der Kl. durch Ziff. 6 des Vertrages v. 4. Sept. 1930 auferlegt worden. Zur Erteilung von Durchschlägen ihrer Auftragsbestätigungen hatte sie sich in ihrem Schreiben v. 4. Dez. 1933 bereit erklärt. Die Verpflichtung zur Erteilung von Abrechnungen ergab sich für sie aus § 259 BGB. Es ist in der Rspr. anerkannt, daß der Lizenzgeber bei Lizenzverträgen ein Recht auf Rechnungslegung gemäß § 259 BGB. hat (RGZ. 127, 243 = JW. 1930, 1673; RGRKomm. Erl. 1 zu § 259 BGB.). Die in dem Briefe des Erstbekl. v. 23. Febr. 1934 erhobene Forderung auf Erteilung der Rechnungskopien, Auftragsbestätigungen und Abrechnungen war danach berechtigt. Ob die Kl. auch schon im Verzuge war, als der Bekl. ihr den Brief v. 23. Febr. 1934 schrieb, mag dahinstehen. In dem Schreiben v. 20. Febr. 1934 hatte der Bekl. zu 1 der Kl. eine Frist bis zum 24. Febr. 1934 bestimmt. Diese Frist war bei der Abfassung und wohl auch beim Zugange des Briefes v. 23. Febr. 1934 also noch

nicht abgelaufen. Es mag dies aber auf sich beruhen, weil das BG. dem Erstbekl. das Recht, wegen fruchtlosen Ablaufs der in dem Schreiben v. 23. Febr. 1934 bestimmten Frist zurückzutreten, ohne Rechtsirrtum schon deshalb versagt hat, weil die Erteilung der Abrechnungen nur eine Nebenverpflichtung der Kl. war, für deren Erfüllung eine Frist mit der im § 326 BGB. bestimmten Wirkung überhaupt nicht gesetzt werden konnte.

Darüber, ob eine Leistung aus gegenseitigen Verträgen eine Hauptleistung darstellt, entscheidet in erster Linie der Parteiwille. Es kommt darauf an, ob der Leistung eine so wesentliche Bedeutung beigemessen worden ist, daß die berechtigte Partei sie unter allen Umständen erhalten wollte (RGZ. 101, 431). Daneben kommt es aber auch auf die objektive Sachlage an. Die Umstände des Falles sind bei der Entsch., ob eine Leistung von den Parteien als Haupt- oder Nebenleistung gewollt worden ist, wesentlich mit zu berücksichtigen. Ändert sich die Sachlage nach dem Vertragsschluß, so kann dies die Folge haben, daß auch die Eigenschaft der Leistung als Haupt- oder Nebenleistung eine Wandelung erfährt (RGUrt. v. 22. Jan. 1927, V 268/26 = JW. 1927, 1416). Wenn diese Grundsätze angewandt werden, kann der Auffassung des BG., daß die Erteilung der Abrechnungen nur eine Nebenverpflichtung der Kl. war, aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Es kommt wesentlich auf die Abrechnungen an, die der Bekl. zu 1 in dem Schreiben vom 20. Febr. 1934 auch allein verlangt hat. Denn Rechnungskopien hat die Kl. dem Bekl. zu 1, wie die Korrespondenz ergibt, schon vorher zugehen lassen. Da sie mit dem Briefe vom 3. März 1934 dem Bekl. zu 1 nur Rechnungskopien für den Febr. 1934 übermittelt hat, ohne daß der Bekl. zu 1 dies in seiner Antwort v. 10. März 1934 besonders bemängelt, scheinen die älteren Rechnungskopien dem Bekl. schon vorher übersandt zu sein. Den Auftragsbestätigungen kam neben den Rechnungskopien nur eine ergänzende Bedeutung zu. Bezüglich der Abrechnungen war in dem Vertrage v. 4. Sept. 1930 eine besondere Vereinbarung nicht getroffen. Wenn das BG. hierin ein Zeichen dafür finden will, daß die Parteien die Pflicht zu ihrer Erteilung nicht als wesentlich angesehen haben, so begegnet dies allerdings Bedenken. Denn, wie schon bemerkt, lag die Verpflichtung zur Erteilung von Abrechnungen der Kl. auch ohne besondere Abrede ob. Die Abrechnungen waren nach dem Vertrage v. 4. Sept. 1930 nicht dazu bestimmt, den Erstbekl. darüber zu unterrichten, in welcher Höhe ihm Lizenzvergütungen zustanden. Nach Ziff. 4 des Vertrages v. 4. Sept. 1930 hatte die Kl. die Lizenzen „nach Eingang der Rechnungsbeträge" zu zahlen. Die Lizenzvergütungen sollten also nicht in gewissen regelmäßigen Zeitabständen, sondern jeweils nach Eingang der Rechnungsbeträge gezahlt werden. Bei dieser Sachlage kam den Abrechnungen der Kl. nur die Bedeutung zu, daß sie dem Bekl. zu 1 die Möglichkeit einer Kontrolle des vollständigen Eingangs der vorher zahlbaren Lizenzvergütungen geben sollten. Nun ist der Vertrag später aber unstreitig nicht so gehandhabt worden, daß die Kl. dem Bekl. zu 1 die Lizenzvergütungen jeweils nach Eingang der Rechnungsbeträge gezahlt hat. Unstreitig standen der Kl. Gegenforderungen gegen den Bekl. zu 1 zu, die den Betrag der bis zur Kündigung des Vertrages fällig gewordenen Lizenzvergütungen beträchtlich überstiegen. Die Kl. hatte von dem Bekl. zu 1 die Rückzahlung der 3000 *RM* zu beanspruchen, welche sie auf Grund des Vertrages v. 16. März 1932 gezahlt hatte, weil sie von diesem Vertrage zurückgetreten war. Dieser Rücktritt ist allerdings, wie die Briefe der Kl. v. 4. und 18. Dez. 1933 ergeben, erst am 4. Dez. 1933 erfolgt, während im § 3 des Vertrages v. 16. März 1932 der Kl. das Recht zum Rücktritt nur für die Zeit v. 1. April bis 30. Juni 1933 eingeräumt war. Aber der Bekl. hat die Berechtigung des Rücktritts nicht in Zweifel gezogen, sich vielmehr auch selber auf den Standpunkt gestellt, daß die Kl. aus dem Vertrage v. 16. März 1932 wegen des am 4. Dez. 1933 erklärten Rücktritts Rechte nicht herleiten könne. Außerdem hatte der Bekl. zu 1 von der Kl. Vorschüsse auf die Lizenzvergütungen erhalten, die auf die fällig werdenden Beträge zu verrechnen waren. Über die 3000 *RM* und den auf die Lizenzvergütungen erhaltenen Vorschuß hatte der Bekl. zu 1 der Kl. unstreitig Wechselakzepte gegeben, welche nach dem Schreiben der Kl. v. 3. März 1934 über Beträge von 3639,85 *RM* und 500 *RM* lauteten. Wegen dieser Gegenforderungen der Kl. sind die fälligen Lizenzvergütungen im Wege der Verrechnung ausgeglichen worden. Als der Bekl. zu 1 der Kl. die Frist in dem Schreiben v. 23. Febr. 1934 bestimmte, waren die Gegenforderungen der Kl. so hoch, daß lediglich eine Verrechnung der dem Erstbekl. zustehenden Lizenzvergütungen in Frage kommen konnte. Aus diesem Grunde kann die Auffassung des BG., daß die Verpflichtung der Kl. zur Erteilung der Abrechnung auch nach der zur Zeit der Fristsetzung v. 23. Febr. 1934 gegebenen Sachlage nur eine Nebenverpflichtung der Kl. darstellte, nicht als rechtsirrig bezeichnet werden. Die Pflicht der Kl. zur Z a h l u n g der Lizenzvergütungen stellte nicht eine Neben-, sondern eine Hauptverpflichtung aus dem Lizenzvertrage dar. Aber als der Bekl. zu 1 der Kl. die Frist zur Erteilung der Abrechnung bestimmte, kam, wie beide Teile wußten, nicht eine Zahlung, sondern nur eine Verrechnung der dem Bekl. zustehenden Lizenzvergütungen auf die ungleich höheren Gegenforderungen der Kl. in Frage. Im Hinblick hierauf hat das BG. die Verpflichtung der Kl. zur Erteilung der Abrechnung auch für die Zeit der Fristbestimmung, ebenso wie für die Zeit des Vertragsschlusses, als eine Nebenverpflichtung ansehen können. Mit der Behauptung, daß er an der pünktlichen Erteilung der Abrechnung deshalb ein wesentliches Interesse gehabt habe, weil er ihrer zur Abgabe seiner Steuererklärung bedurft habe, kann der Bekl. zu 1 nicht gehört werden. Abgesehen davon, daß er selber nicht behauptet, die Kl. habe sein steuerliches Interesse gekannt, konnte er von der Steuerbehörde mit dem Hinweis auf die noch ausstehende Abrechnung der Kl. unschwer eine Verlängerung der Frist zur Abgabe der Steuererklärung erreichen. Die Wechsel waren unstreitig erst am 15. März 1934 fällig. Die Kl. hatte sich schon in ihrem Briefe v. 15. Febr. 1934, in dem sie dem Bekl. zu 1 mitteilte, daß sie ihm die genaue Abrechnung wegen plötzlicher Erkrankung des Bearbeiters erst später erteilen könne, damit einverstanden erklärt, daß der Bekl. die ihm zustehende Lizenzvergütung, deren genauen Betrag sie ihm noch mitteilen wollte, bei der Einlösung der Wechsel in Abzug brachte. Sie hat den Betrag der fälligen Lizenzvergütungen in dem Briefe v. 15. Febr. auf 421,80 *RM* und in ihrem späteren Schreiben v. 23. Febr. 1934 auf 481,20 *RM* beziffert. Dieser schätzungsweise mitgeteilte Betrag blieb hinter dem Betrage von 493,25 *RM*, den die Kl. dem Bekl. bei der endgültigen Abrechnung am 3. März 1934 mitgeteilt hat, nur unwesentlich zurück. Bei dieser Sachlage hatte der Bekl. zu 1 am 23. Febr. 1934 an der pünktlichen Erteilung der Abrechnung kein so wesentliches Interesse, daß er der Kl. für die Erfüllung dieser Pflicht eine Frist mit den weitgehenden Wirkungen des § 326 BGB. setzen konnte. Der Auffassung des BG., daß diese Fristsetzung unstatthaft war, weil die Erteilung der Abrechnung nach der gegebenen Sachlage nur eine Nebenverpflichtung der Kl. darstellte, muß deshalb im Ergebnis zugestimmt werden.

(U. v. 9. Sept. 1936; I 11/36. — Hamm.)

Anmerkung: Der Lizenzvertrag — Überlassung eines Patents zur Ausbeutung — ist keine Rechtsfigur bestimmten eigenartigen Gepräges. Seine Ausgestaltung kann gesellschaftsähnliche Züge tragen; dann ist deshalb seine Aufkündigung aus einem wichtigen Grunde zulässig. Jedoch auch ohne gesellschaftsähnliches Gepräge zu haben, ist er, wie sonstige Verträge, der Aufkündigung aus wichtigem Grunde nicht entzogen, wenn das ordnungsmäßige Funktionieren des Vertragsverhältnisses in erheblicher Weise abhängig ist davon, daß ein Vertragsteil eine Vertragstreue bewahrt, die unmittelbar nicht erzwingbar ist. Wenn die Rspr. des RG. „Vertragsverhältnissen, die auf längere Dauer eingegangen sind und in besonderem Maße auf gegenseitigem Vertrauen beruhen" die fristlose Kündbarkeit zuspricht, so müssen vor allem Vertragsverhältnisse der vorgenannten Art inbegriffen sein. Wenn eine

vertragliche Leistung vom vertragstreuen Verhalten des anderen Teils so abhängig ist, daß dem Anspruchsberechtigten die unmittelbare Kontrolle über die Vertragstreue des anderen Teils verschlossen ist, so ist der Fall gegeben, daß die Fortsetzung des auf längere Dauer berechneten Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist, wenn dieses besonders auf die Vertragstreue gesetzte Vertrauen enttäuscht wird. Um beim Lizenzvertrag zu bleiben: Aus der Vergebung der Ausbeute eines Patents auch auf längere Dauer gegen ein festbestimmtes Entgelt — z. B. einer ziffernmäßig bestimmten Jahreszahlung — könnte, wenn überhaupt, nur unter ganz besonders obwaltenden Umständen, die Kündbarkeit aus wichtigem Grunde entstehen. Anders aber, wenn die Vergütung des Lizenzgebers davon abhängt, daß der Lizenznehmer das Patent nützt, und/oder die Geltendmachung des Anspruchs auf diese Vergütung von einer laufenden Rechnungslegung des Lizenznehmers abhängt. Ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer ist dann nicht möglich, wenn der Lizenzgeber der Verpflichtung zur Rechnungslegung sich nachhaltig entzieht. Wenn das hier besprochene Urteil die tatsächlichen Feststellungen des BerR., daß die Parteien noch Anfangs Februar 1934 das Vertragsverhältnis als völlig in Ordnung betrachtet hätten, aus Rechtsgründen nicht beanstanden zu sollen glaubt, so mag das trotz gewisser Bedenken gegen die Richtigkeit der Würdigung des Streitstoffs durch den BerR. auf sich beruhen. Jedenfalls ist m. E. die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grunde aus dem Brief des Erstbekl. v. 20. Febr. 1934 außer Betracht gelassen. Das RG. geht hierauf nicht ein, prüft vielmehr nur unter dem Gesichtspunkte der Anwendung des § 326 BGB., ob die Nichterteilung der Abrechnungen für die Jahre 1932/33 und Januar 1934 die Vertragsauflösung rechtfertige. Aber auch insofern erscheint mir das Urteil nicht bedenkenlos.

Daß bei einem Lizenzvertrage der in Rede stehenden Art die Verpflichtung zur Rechnungslegung jemals auf Grund des „Parteiwillens" als Nebenverpflichtung betrachtet werden könnte, ist so gut wie ausgeschlossen. Das ordnungsgemäße Funktionieren der Abrechnung ist vielmehr viel zu sehr schlechthin der Prüfstein für die Möglichkeit vertrauensvollen Zusammenarbeitens zwischen Lizenznehmer und Lizenzgeber, als daß dieser „objektiven Sachlage", auf welche schließlich ja auch das besprochene Urteil verweist, jemals aus dem „Parteiwillen" heraus kein maßgebliches Gewicht beigemessen werden könnte. Sehr zutreffend betont das Urteil, daß Abrechnungen auch ohne besondere Abmachung hierüber zu erteilen waren. Trotz der — unterstellten — jeweiligen Erteilung von Rechnungskopien blieb die Erteilung von Abrechnungen für die Lizenzgeber von erheblicher Bedeutung. Es ist nicht zu verstehen, daß das besprochene Urteil meint, „die Abrechnungen seien nach dem Vertrage v. 4. Sept. 1936 nicht dazu bestimmt gewesen, den Erstbekl. darüber zu unterrichten, in welcher Höhe ihm Lizenzvergütungen zustanden". Der wenige Zeilen später erwähnte Kontrollzweck der Abrechnungen konnte doch nur der sein, festzustellen, ob die Lizenznehmerin über alle von ihr getätigten Nutzbarmachungen des Patents Auftragsbestätigungen und Rechnungskopien übersandt habe. Gewiß kamen diesen Abrechnungen nur ergänzende Bedeutung zu. Es ist aber nicht einzusehen, daß die Einhaltung dieser Verpflichtung nicht lebenswichtig für den Fortbestand des Vertrauens sein sollte, das der Lizenzgeber in den Lizenznehmer setzen muß, damit er für alle getätigten Geschäfte Vergütung erhält.

Dieses Vertrauen muß beim Lizenznehmer erschüttert und zerstört werden, wenn Mahnungen auf Erteilung von Abrechnungen unberücksichtigt bleiben. Unter diesem Gesichtspunkte erscheint es mir — im Gegensatz zum Standpunkt des besprochenen Urteils — gleichgültig, daß der Lizenzgeberin Gegenforderungen zustanden. Denn die Nichterteilung der Abrechnungen muß auch diesfalls eine wesentliche Erschütterung des Vertrauens des Lizenznehmers zur Folge haben. Allein darauf kommt es an.

Dr. Alfons Roth, Berlin.

*

2. § 20 VersAufsG. Der Kernpunkt des § 20 VersAufsG. liegt nicht etwa in der Aufstellung des Erfordernisses eines besonderen, ausdrücklichen oder gar förmlichen Versicherungsvertragsabschlusses, sondern in der rechtlichen Klarstellung, daß die Versicherungswirkungen und das Mitgliedsverhältnis nicht zwei verschiedenen Verträgen, einem Gesellschafts- und einem Versicherungsvertrag, sondern einem einheitlichen Akt, nämlich der Begründung eines Versicherungsverhältnisses entspringen. †)

Der Kernpunkt der Entsch. liegt in der Frage, ob die Möglichkeit der Annahme eines Erwerbs der Mitgliedschaft des Mannes der Kl. bei der bekl. Pensionskasse der Firma M. durch die Bestimmung des § 20 VersAufsG. ausgeschlossen ist, deren Anwendbarkeit gem. § 53 dieses Gesetzes auf die Bekl. das BG. zutreffend angenommen hat. Danach setzt der Erwerb der Mitgliedschaft zwingend die Begründung eines Versicherungsverhältnisses voraus, und es würde eine Satzung gegen diesen Grundsatz verstoßen, wenn sie bestimmen würde, daß ohne Rücksicht auf das Zustandekommen eines Versicherungsvertrags lediglich die Beitrittserklärung entscheide. Gleichwohl hat das BG. die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmung verkannt und ist hierdurch und durch weitere Rechtsfehler zu der Feststellung gelangt, daß ein Versicherungsverhältnis zwischen dem verstorbenen Mann der Kl., der als Agent bei der Firma M. tätig war, und der bekl. Pensionskasse nicht zustande gekommen sei. Der Kernpunkt der Bestimmung des § 20 VersAufsG. liegt nämlich nicht etwa in der Aufstellung des Erfordernisses eines besonderen, ausdrücklichen oder gar förmlichen Versicherungsvertragsabschlusses, wie das BG. anzunehmen scheint, sondern in der rechtlichen Klarstellung, daß die Versicherungswirkungen und das Mitgliedsverhältnis nicht zwei verschiedenen Verträgen, einem Gesellschafts- und einem Versicherungsvertrag, sondern einem einheitlichen Akt, nämlich der Begründung eines Versicherungsverhältnisses entspringen. Im übrigen gelten für die Begründung des Versicherungsverhältnisses die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften. Nach diesen kann das bezeichnete Erfordernis sehr wohl dadurch erfüllt werden, daß die Satzung — wie im vorl. Fall — vorschreibt, die Aufnahme in den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit vollziehe sich durch den Erwerb einer der in § 2 der Satzung (a. F.) aufgeführten Personeneigenschaften — § 2 a. F. lautet: „Mitglieder der Bekl. sind sämtliche i. S. des § 1 AufsVersG. versicherungspflichtige Angestellten der Firma M., ferner die auf Provision angestellten Reisenden der Abteilung A." Der Ehemann der Kl. war bei dieser Abteilung tätig —; in diesem Augenblick sei der Versicherungsvertrag grundsätzlich als abgeschlossen anzusehen; denn die „Beitrittserklärung" bedarf ja nach dem Gesetze an sich keinerlei Form. Und es ist durchaus rechtlich möglich, daß das Zustandekommen eines Versicherungsverhältnisses zwischen der Bekl. und dem Ehemann der Kl. als gleichzeitig mit dem Anstellungsvertrage erfolgt und als dessen unmittelbare Folge anzunehmen und die Bestimmung des § 2 der (alten) Satzung dahin auszulegen, daß die Bekl. eben mit allen denen ein Versicherungsverhältnis eingehe, mit welchen die Firma M. einen Anstellungsvertrag i. S. jener Satzungsbestimmung abschließt; vgl. „Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr. 27, Marburg 1915". Zu Unrecht beruft sich der Vorderrichter für seine abweichende Ansicht auf diese Schrifttumsstelle, die vielmehr gerade die hier dargelegte Ansicht vertritt (vgl. insbes. S. 87 2. Abs. 1.—3. S.). Wenn das BG. auf weitergehende Erfordernisse abstellt, so ist das hiernach rechtsirrig. Freilich ist an sich für das Zustandekommen eines Versicherungsverhältnisses und damit der Mitgliedschaft bei der Bekl. auch nach den eben erörterten Grundsätzen weder der Wille des Versicherungsvereins noch auch der Wille des Eintretenden zum Erwerb der Mitgliedschaft und damit zum Abschluß eines Versicherungsverhältnisses zu entbehren. Das BG. hat das Vorhandensein solchen Abschlußwillens bei beiden Vertragsteilen nicht nur nicht festgestellt, sondern sogar ausdrücklich verneint. Aber diese an sich auf dem Gebiete der Tatsachenwürdigung liegende Feststellung kann das RevG. nicht binden. Denn sie beruht auf einer rechtlich zu beanstandenden

Grundlage. Daß der Vorderrichter den Abschluß eines „besonderen" Versicherungsvertrages für erforderlich gehalten und einen solchen verneint hat, das ist schon nach dem eben Ausgeführten ohne Belang; das BG. hat nun aber weitergehend festgestellt, daß weder der Erblasser der Kl. noch die Bekl. bei Abschluß des Anstellungsvertrages und in der späteren Zeit die Absicht und den Willen gehabt hätten, seine Mitgliedschaft bei der Bekl. zu begründen. Das entnimmt es dem Umstand, daß die Firma es unterlassen habe, den Ehemann der Kl. bei der Bekl. als Mitglied anzumelden und daß er vom Jahre 1927 ab sich freiwillig bei der Reichsversicherung für Angestellte versichert habe.

Auch diese Feststellung beruht aber auf rechtsfehlerhafter Grundlage, so daß auch sie das RevG. nicht binden kann.

Für die RevInst. muß von der Unterstellung ausgegangen werden, daß der Mann der Kl. zu den Personen gehörte, die nach § 2 a. F. der Satzung (von 1917) im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrage versichert sind. Dann aber muß die Firma M. ohne weiteres als von der Bekl. ermächtigt angesehen werden, für sie das Versicherungsverhältnis mit dem eintretenden, unter die Bestimmung des § 2 der Satzung fallenden Angestellten oder Agenten usw. zu begründen. Dieser aber konnte seinerseits den Anstellungs- (Agentur-) Vertrag mit der Firma M. nur so schließen, wie er ihm angeboten wurde. Er konnte ihm nicht anders angeboten werden, als mit der Maßgabe des § 2 der Satzung der Bekl. So mußte er ihm angeboten werden, nur so konnte er ihn annehmen. Das war die lex contractus. Der eintretende Angestellte hat also das Versicherungsverhältnis durch den Abschluß des Anstellungsvertrages gleichzeitig begründet, selbst wenn ihm dies nicht bewußt geworden sein sollte. Der BerR. hat bei der Prüfung dieser Frage die Bedeutung der Verschiedenheit der Rechtspersönlichkeiten der Bekl. und der Firma M. überspannt. Die Einleitung zu den Satzungen ergibt deren innige Zusammengehörigkeit. Die Bekl. stellt nur ein verselbständigtes Mittel dar, dessen sich die Firma zur Erreichung eigener Zwecke und Erfüllung eigener Pflichten bediente. Die Bekl. hatte, formal selbständig, doch nur den Willen der Firma, wie er in der Satzung der von ihr ins Leben gerufenen Kasse festgelegt war, zur Ausführung zu bringen. Die Bedeutung ihrer formalen Selbständigkeit darf deshalb nicht übertrieben werden. Darum besteht kein Bedenken, im Abschluß des Anstellungs- (Agentur-) Vertrages auch auf Seite des Mannes der Kl. den Willen zu finden, das Versicherungsverhältnis einzugehen, ohne das der Anstellungs- (Agentur-) Vertrag nicht in Frage kam, auch wenn dieser Wille nicht ausdrücklich erklärt worden ist.

Wollte man aber auch dieser Auffassung — was die Willenserklärung des Mannes der Kl. angeht — nicht folgen, so kann doch keinesfalls die Feststellung des BerR. über seinen mangelnden Abschlußwillen bestehen bleiben, weil sie auch dann noch auf rechtsfehlerhafter Grundlage beruht. Denn es muß als selbstverständlich angenommen werden, daß der Mann der Kl. den Willen, ein solches Versicherungsverhältnis einzugehen, gehabt und sich dementsprechend verhalten haben würde, wenn ihm klar gewesen wäre, daß er zu den in § 2 der Satzung a. F. bezeichneten Personen gehörte, mit denen durch den Anstellungs- (Agentur-) Vertrag selbst ein Versicherungsverhältnis zur Bekl. begründet werden mußte. Er konnte ja davon nur Vorteile haben, da festgestellt ist, daß die Beiträge auch der Versicherungsnehmer nicht von diesen, sondern freiwillig von der Firma bis zu ihrer Auflösung getragen wurden. Wenn also der BerR. feststellt, dem Mann der Kl. habe der Wille zur Begründung eines Versicherungsverhältnisses gefehlt, so trifft er diese Feststellung, ohne die Rechtslage zu würdigen, die für den Ehemann der Kl. bestand. Hätte er sie gewürdigt, dann hätte er — so ist in der RevInst. auf Grund der vorerwähnten gebotenen Unterstellung anzunehmen — nicht zu dieser Feststellung gelangen können.

Ohne weiteres ergibt sich aus dem Ausgeführten, daß sich die Bekl. unter den vorl. Umständen auch nicht darauf berufen kann, die Beiträge seien nicht bezahlt worden.

(U. v. 18. Sept. 1936; VII 26/36. — Berlin.) [N.]

Anmerkung: Die Auslegung, die das RG. dem § 20 Satz 2 VersAufsG. gibt, entspricht der h. M. § 20 Satz 2 VersAufsG. hat keinen anderen Zweck, als klarzustellen, daß beim VV. a. G. Mitgliedschaft und Versicherungsverhältnis durch einen einheitlichen Akt begründet werden (vgl. Koenige-Petersen³, Anm. 1 zu § 20; Gadow: Gruch. 66, 530). Das wird auch das BG. nicht verkannt haben. Das Problem — kein versicherungsrechtliches, sondern ein bürgerlich-rechtliches — liegt anderswo: Gibt es einen direkten Zwang, einer in Form eines VV. a. G. betriebenen Firmenpensionskasse beizutreten oder kann der Angestellte nur durch indirekten Zwang zum Eintritt in die Pensionskasse angehalten werden? Gegen den direkten Zwang — das Mitgliedschafts- und Versicherungsverhältnis beginnt automatisch mit dem Abschluß des Anstellungsvertrages — sind zuweilen Bedenken erhoben worden, weil Pensionskasse und Arbeitgeber zwei selbständige Rechtssubjekte seien; der Wille zum Abschluß des Dienstvertrages und zum Abschluß des Aufnahmevertrages müsse auf jeder Seite in einer Person liegen, der Aufnahmevertrag könne daher mit dem Arbeitgeber gar nicht abgeschlossen werden. Daraus wird gefolgert, daß nur ein indirekter Versicherungszwang möglich sei, d. h. daß dem Angestellten nur auferlegt werden könne, demnächst Mitglied der Pensionskasse zu werden. Diese Ansicht übersieht aber, wie die vorl. Entsch. zeigt, daß bei dem wirtschaftlichen und organisatorischen Zusammenhang zwischen Pensionskasse und Unternehmung diese dem Anzustellenden in doppelter Eigenschaft gegenübertritt: Soweit es sich um den Anstellungsvertrag handelt, in eigenem Namen, soweit die Aufnahme in die Pensionskasse in Frage steht, als deren Vertreter. Auch die Vorschrift des seit dem 1. Jan. 1936 nicht mehr geltenden § 364 AngVersG. („Der Ersatzkasse müssen sämtliche Versicherungspflichtigen der Unternehmungen, für die sie errichtet ist, angehören...") ändert nichts, denn sie behandelt nicht das einzelne Versicherungsverhältnis, sondern nur die Voraussetzungen für die Zulassung als Ersatzkasse.

RA. Dr. Erich R. Prölß, Hamburg.

*

3. § 123 BGB. Arglistige Täuschung i. S. der AllgVersBed. Ein Versicherungsnehmer macht sich einer arglistigen Täuschung schon schuldig, wenn er in der Annahme, bei der Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche würden ihm Schwierigkeiten entstehen, und um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, bewußt falsche Angaben macht, die für die Stellungnahme des Versicherers von Bedeutung sein können. Der Versicherungsnehmer ist auch zur wahrheitsgemäßen Angabe über seine Vermögensverhältnisse verpflichtet. Der Umfang dieser Auskunftspflicht richtet sich jedoch danach, ob die Vermögensverhältnisse in Ordnung oder schlecht sind. †)

Der BerR. geht von der ständigen Rspr. des 7. Sen. aus (RGZ. 146, 221 = JW. 1935, 689¹ m. Anm.; RGZ. 150, 147 = JW. 1936, 1758²). Danach setzt eine arglistige Täuschung i. S. der AllgVersBed. nicht voraus, daß der Versicherungsnehmer versucht, sich durch wissentlich falsche Angaben bei der Schadensermittelung einen unberechtigten Vermögensvorteil zu verschaffen; sondern er macht sich einer solchen auch schon dann schuldig, wenn er annimmt, bei der Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche würden ihm Schwierigkeiten entstehen, und um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, bewußt falsche Angaben macht, die für die Stellungnahme des Versicherers von Bedeutung sein können. In den diesen beiden Entsch. zugrunde liegenden Fällen hatte der Versicherungsnehmer hinsichtlich der versicherten Sachen selbst unwahre Angaben gemacht. Aber der BerR. legt die der selbständigen Auslegung durch das RevG. unterliegenden AllgVersBed., insbes. die in § 11 Abs. 4 AllgVersBed., zutreffend dahin aus, daß der Versicherungsnehmer auch zur wahrheitsgemäßen Angabe über seine Vermögensverhältnisse verpflichtet sei. Nach dieser Bestimmung hat der Versicherungsnehmer dem Versicherten jede Auskunft zu erteilen, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfanges der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist. Der BerR. weist zutreffend darauf hin, daß nicht selten von Personen, die sich in ungünstigen

Vermögensverhältnissen befinden, Versicherungsbetrügereien begangen würden und die Versicherer deshalb gezwungen seien, auch nach dieser Richtung Ermittlungen anzustellen. Diese Erwägungen führen zwar nicht dazu, daß der Versicherungsnehmer verpflichtet wäre, in allen Fällen bei der Schadensermittelung eine genaue Darlegung seiner Vermögensverhältnisse zu geben; insbes. wird dem in geordneten Vermögensverhältnissen befindlichen Versicherungsnehmer in der Regel keine solche Pflicht obliegen, sondern er wird seiner Auskunftspflicht in der Regel durch die Angabe, daß seine Vermögensverhältnisse in Ordnung seien, genügen. Dagegen ist der in schlechten Vermögensverhältnissen befindliche, insbes. der verschuldete Versicherungsnehmer verpflichtet, auf Befragen wahrheitsgemäß genauere Angaben über seine Vermögensverhältnisse zu machen, und er verletzt die Auskunftspflicht, wenn er insoweit in wesentlichen Punkten bewußt unwahre Antworten erteilt.

Hierzu ist er auch nicht berechtigt, wenn er befürchtet, sonst dem Versicherer Anhaltspunkte für einen unbegründeten Verdacht zu liefern. Vielmehr erfordern die berechtigten Belange des Versicherers, auf die auch der Versicherungsnehmer Rücksicht zu nehmen hat, daß er die erforderten Angaben wahrheitsgemäß auch auf die Gefahr hin macht, dadurch zunächst Verzögerungen bei der Auszahlung der Entschädigungssumme und andere Schwierigkeiten herbeizuführen. Das gilt auch, wenn gegen den Versicherungsnehmer aus Anlaß des Brandes ein Strafverfahren schwebt und wahrheitsgemäße Angaben über seine schlechten Vermögensverhältnisse geeignet sind, den gegen ihn bestehenden Verdacht einer strafbaren Handlung zu bestärken.

Daß der Kl. in vorl. Falle hinsichtlich seiner Vermögensverhältnisse unwahre Angaben gemacht hat, und zwar in der Absicht, dadurch das Schadensermittlungsverfahren zu seinen Gunsten in der Art zu beeinflussen, daß Verzögerungen vermieden würden, hat der BerR. ohne Rechtsverstoß tatsächlich festgestellt. Die Rev. rügt in dieser Hinsicht, der BerR. berücksichtige nicht genügend den Umstand, daß gegen den Kl. eine Untersuchung geschwebt habe, und unterlasse die naheliegende Erwägung, ob die Besorgnis, die Angabe der Wahrheit setze ihn dem Verdacht der Brandstiftung aus, nicht allein bestimmend für den Kl. gewesen sei, unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse zu machen; der Kl. habe den Angestellten der Bekl. gewissermaßen als Gehilfen der StA., nicht als solchen des Versicherers die unrichtigen Angaben gemacht. Diese Rüge ist aber unbegründet. Denn zunächst schwebte nach den Akten der StA. zur Zeit der Abgabe der Erklärung vom Mai 1931 nur ein „Verfahren betr. Feuer zum Nachteil des Versicherungsnehmers“, am 24. April 1931 war ein Unbedenklichkeitszeugnis ausgestellt worden, das Verfahren wurde aber am 4. Juni 1931 eingestellt, da kein Nachweis einer strafbaren Inbrandsetzung vorliege; bei dieser Sachlage hatte der BerR. schon aus tatsächlichen Gründen zu den von der Rev. vermißten Erwägungen keinen Anlaß. Im übrigen wendet sich die Rev. mit diesen Ausführungen gegen die tatsächlichen Feststellungen, weshalb der Kl. die unrichtigen Angaben gemacht habe; hiermit kann sie nicht gehört werden.

(U. v. 18. Sept. 1936; VII 41/36. — Hamburg.) [N.]

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Es ist erfreulich, daß das RG. auch in diesem Urteil wieder die Wahrheitspflicht des Versicherungsnehmers so entschieden betont. Es entspricht der ständigen Rspr., daß die falschen Angaben auch dann zur Verwirkung führen, wenn sie nicht zur Erlangung von Vermögensvorteilen, sondern nur zur Beseitigung von Beweisschwierigkeiten, z. B. durch Vorlage fingierter Rechnungen oder Bilanzen, bestimmt sind (vgl. JurRdschPrVers. 1929, 170; 1933, 225; 1934, 23).

Das vorliegende Urteil geht insofern weiter, als es nicht nur bzgl. des Schadens selbst, sondern auch für die Frage nach den allgemenien Vermögensverhältnissen die gleichen Grundsätze anwendet. Auch dies erscheint durchaus berechtigt. Die Versicherungsgesellschaft braucht zur endgültigen Bearbeitung des Schadenfalls einwandfreie Angaben über die Vermögenslage des Versicherungsnehmers.

Sehr bedeutsam ist, daß der Versicherungsnehmer durch etwa zu erwartende Schwierigkeiten in einem Strafverfahren von dieser Wahrheitspflicht nicht befreit wird. Gerade in diesem Falle besteht ja sogar ein besonderes Interesse der Versicherungsgesellschaft an der Aufklärung des Sachverhalts.

Bedenklich erscheint es allerdings, wenn das RG. bei dem Versicherungsnehmer, dessen Vermögensverhältnisse in Ordnung sind, den Hinweis hierauf genügen lassen will. Nähere Angaben hierüber werden sich, wenn die Frage überhaupt zur Erörterung gestellt wird, was ja keineswegs immer der Fall ist, nicht umgehen lassen; denn es ist schließlich in vielen Fällen Auffassungssache, ob die Vermögensverhältnisse als in Ordnung betrachtet werden können oder nicht.

RA. Dr. Karl Fritz Jonas, Berlin.

*

4. §§ 611 ff., 759 ff. BGB. Ein Ruhegehaltsversprechen ist zu unterscheiden von einem Leibrentenversprechen. Während der Leibrentenvertrag dem Versprechensempfänger ein Grundrecht auf eine Rente verschafft, aus dem allein sich die Ansprüche auf die einzelnen Bezüge ableiten, und wobei das Grundrecht lediglich nach Maßgabe des Vertrages, unabhängig und losgelöst von sonstigen Beziehungen und Verhältnissen der Parteien gewährt wird, steht das Ruhegehaltsversprechen in engem Zusammenhange mit dem Dienstverhältnis und wird nicht selbständig und unabhängig von den Dienstleistungen gewährt (RGZ. 94, 158). Die Unterscheidung ist von wesentlicher Bedeutung. Während zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leibrente versprochen wird, gem. § 761 BGB. schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich ist, bedarf das Ruhegehaltsversprechen nach herrschender Rspr. keinerlei Form, und zwar auch dann nicht, wenn es erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses erteilt wird (RGZ. 80, 208 = JW. 1913, 89; RGZ. 94, 158; RArbG. 11, 331; ArbRSamml. 13, 318; 16, 19).

(U. v. 21. Juli 1936; III 334/35. — Dresden.) [v. B.]

*

****5.** §§ 635, 387 ff. BGB. Die Gegenüberstellung von Werklohn und Schadensersatzforderung aus demselben Werkvertrage stellt keine Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB. dar, sondern eine Abrechnung, die Ermittlung des rechnerischen Ergebnisses.

Die Bestimmungen der §§ 412, 404 BGB. sind im Falle der Einziehung von Forderungen zugunsten des Staates zum mindesten rechtsähnlich anwendbar.

Im Sept. 1933 hat die H.er Polizeibehörde auf Grund des Ges. über die Einziehung kommunistischen Vermögens vom 26. Mai 1933 (RGBl. I, 293) das Vermögen des Stauereibetriebes „E.“ GmbH. eingezogen. Zu diesem Vermögen gehört eine Forderung der „E.“ für Stauerarbeiten aus dem Jahre 1933 gegen die bekl. Lager- und Transportgesellschaft in Höhe von mindestens 37 000 *RM*. Hiervon verlangt der Kl., Staat, mit der Klage zunächst 6100 *RM* nebst Zinsen. Die Bekl. will gegen diese Forderung mit Schadensersatzforderungen gegen die „E.“ wegen mangelhafter Ausführung der Arbeiten aufrechnen. Die „E.“ GmbH. ist inzwischen aufgelöst und die Firma im Handelsregister gelöscht worden.

LG. und OLG. haben der Klage stattgegeben. RG. hob auf.

Das Ges. v. 26. Mai 1933 über die Einziehung kommunistischen Vermögens verfolgt den Zweck, Vermögen, das kommunistischen Bestrebungen dient, „einer staatsfeindlichen Verwendung für die Dauer zu entziehen“. Das Gesetz richtet sich auch gegen diejenigen, die durch Unterstützung der von der Einziehung Betroffenen eine Förderung kommunistischer Bestrebungen beabsichtigt haben. Aus diesem Grunde unterliegen vermietete oder unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sachen der Einziehung, wenn der Vermieter oder Lieferant

mit der Hingabe der Sachen eine solche Absicht verfolgt hat (§ 2). Aus demselben Grunde erlöschen grundsätzlich die an den eingezogenen Gegenständen bestehenden Rechte (§ 3). Zur Vermeidung von Härten können Gläubiger der von der Einziehung Betroffenen aus dem eingezogenen Vermögen befriedigt werden (§ 4). Die Befriedigung der Gläubiger steht aber im Ermessen der Verwaltungsbehörde; der Staat ist nicht Gesamtrechtsnachfolger der von der Einziehung Betroffenen geworden, und die Gläubiger haben gegen ihn keine im Rechtswege verfolgbaren Ansprüche (Pfundtner-Neubert Ib 5 Anm. 1 zu § 4 des gen. Ges.: RGZ. 148, 65 = JW. 1935, 2625[8] m. Anm.). Es fragt sich, ob daraus folgt, daß die Gläubiger ihre Forderungen an den durch die Einziehung Betroffenen dem Staat gegenüber auch nicht aufrechnen können, wenn dieser Ansprüche gegen sie geltend macht, die durch die Einziehung auf ihn übergegangen sind. Die Entsch. mag zweifelhaft sein. Für den vorl. Fall kann diese Frage dahinstehen, weil der Rev. aus einem anderen Grunde der Erfolg nicht versagt werden kann.

Der BerR. hat nämlich nicht beachtet, daß nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Bekl. Forderung und Gegenforderung aus demselben fortgesetzten Stauereivertrage erwachsen sind. Diese Behauptung ist von weittragender Bedeutung; durch sie ändert sich die gesamte Sach- und Rechtslage. Nach der vom RG. ständig vertretenen Auffassung tritt, ebenso wie im Falle des § 326 BGB., wenn der Besteller wegen Vertragsverletzung des Unternehmers (§ 635 BGB.) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, an Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile ein Schadensersatzanspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entsteht, daß der Vertrag nicht ordnungsmäßig erfüllt worden ist. Der Schaden ist nicht für sich zu ermitteln und gegen den Werklohn aufzurechnen, der dem Unternehmer zusteht. Vielmehr behält der Werklohn nur die Bedeutung eines die Höhe der Ersatzforderung beeinflussenden Rechnungsbetrages. Werden Werklohn und Schadensersatzforderung aus demselben Werkvertrage einander gegenübergestellt, so handelt es sich nicht um Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB., sondern um eine Abrechnung, d. h. um die Ermittlung des rechnerischen Ergebnisses (so zuletzt RGZ. 141, 259 = JW. 1933, 2274[6] m. Anm.; RGZ. 149, 135 = JW. 1936, 316[7] m. Anm.; RGUrt. v. 31. Mai 1927, VI 99/27 und v. 10. März 1936, VII 239/35, abgedr.: JW. 1936, 2131[3]). Danach richtet sich das Vorbringen der Bekl. gegen das Bestehen des eingekl. Anspruchs selbst, es enthält eine Einwendung (RGUrt. vom 20. Jan. 1914, III 418/13, abgedr. WarnRspr. 1914 Nr. 329), die bereits bei der Einziehung gegen die „E." begründet war und deshalb auch dem Kl. entgegengesetzt werden kann. Die Bestimmungen der §§ 412, 404 BGB., aus denen sich dies für den Fall einer Übertragung von Forderungen kraft Gesetzes ergibt, sind im Falle der Einziehung von Forderungen zum mindesten rechtsähnlich anwendbar. Der Staat, zu dessen Gunsten die Einziehung erfolgt, kann durch diese nicht mehr erhalten, als der bisherige Gläubiger vor der Einziehung gehabt hat.

(U. v. 28. Aug. 1936; VII 56/36. — Hamburg.) [N.]
<= RGZ. 152, 111.>

*

6. §§ 906, 1004, 862 BGB. **§ 906 BGB. ist keine starre Norm, sondern in seiner die Lebensverhältnisse regelnden Bedeutung wandelbar. Der gegenüber der Abwehrklage (§§ 1004, 862 BGB.) haftbare Störer braucht nicht Eigentümer des Grundstücks zu sein, von dem die Störung ausgeht.** †)

Daß sich sowohl der Eigentümer auf Grund von § 1004 BGB. als auch der Besitzer aus § 862 BGB. gegen Einwirkungen, die seine rechtlich gesicherte Stellung unzulässig beeinträchtigen, wehren kann, ergibt sich aus den angeführten Gesetzesbestimmungen (RGZ. 105, 213; 139, 29 = JW. 1933, 1193[15] und viele andere Stellen). Die wesentliche Frage ist dabei, was im Zusammenleben und Wirken der Menschen der eine Teil gegenüber dem anderen dulden muß und wo das „Unzulässige" anfängt. Wer den Nachbarn unzulässig stört, handelt nicht mehr in dem „ihm zukommenden Rechtskreise". Die Grenzen sind auf dem hier in Betracht kommenden Gebiet, sowohl hinsichtlich des Eigentümers, als auch für den Besitzer, aus einer verständigen Anwendung des § 906 BGB. zu entnehmen. Einwirkungen, die nur unwesentlich stören oder die — im übrigen gekennzeichneten Sinne — ortsüblich sind, müssen hingenommen werden. Sie sind zulässig. Die Beurteilung nach beiden Richtungen hin, die Frage des „Wesentlichen", wie die des „Ortsüblichen" anlangend, ist nicht nur nach den örtlichen Verhältnissen verschieden, sondern auch dem zeitlichen Wandel der Anschauung unterworfen (so schon Motive z. BGB. Bd. III S. 267), wie er anknüpft an Fortschritte des Verkehrs (vgl. RGZ. 133, 152 = JW. 1931, 3354[23]) oder der Technik (vgl. RGZ. 133, 342 = JW. 1932, 2068[6] m. Anm.) oder auch der Denkweise beteiligter Volkskreise. So ist der § 906 BGB. keine starre Norm, sondern in seiner die Lebensverhältnisse regelnden Bedeutung wandelbar.

Störer ist derjenige, mit dessen Willen der den Gegner beeinträchtigende Zustand besteht oder von dessen Willen seine Beseitigung abhängt (Planck-Strecker, 5. Aufl., § 906 BGB., Erl. 5b u. dortige Hinweise). Der gegenüber der Abwehrklage haftbare Störer braucht nicht Eigentümer des Grundstücks zu sein, von dem die Störung ausgeht. Die Abwehrklage beruht nicht auf § 906 BGB., sondern auf den §§ 1004, 862 BGB. Diese geben den Unterlassungsanspruch gegen den „Störer", wobei nirgends zum Ausdruck gebracht ist, dieser müsse Eigentümer eines Nachbargrundstücks sein. § 906 BGB. dagegen bestimmt, was der Eigentümer sich — in Einschränkung seines Herrschaftsrechts — an Zuführungen, die natürlich von irgendeinem anderen Grundstück ausgehen, gefallen lassen muß.

(U. v. 29. Juli 1936; V 18/36. — Bamberg.) [v. B.]

Anmerkung: Die Entsch. ist beifallswert.

1. Sie spricht zunächst ganz klar und allgemein aus, was schon im Keim in den Entsch. des RG.: RGZ. 133, 152 = JW. 1931, 3354[23] und RGZ. 133, 342 = JW. 1932, 2068[6] anerkannt wird.

Wenn § 906 BGB. als maßgebende Merkmale die „Ortsüblichkeit" und die „Wesentlichkeit" der Störung heraushebt, so will er damit nicht bloß die Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse berücksichtigt wissen, sondern die Entsch. auf ein Werturteil stellen, das durch die Entwicklung des Verkehrs, der Technik und der Lebensverhältnisse und unserer veränderten Einstellung zu den daraus sich ergebenden Anforderungen maßgebend beeinflußt wird.

So hatte RGZ. 133, 152 ff. ausgesprochen, daß ein bestimmter Stadtteil sich nicht dem aus seiner Lage in oder in der Nähe einer Großstadt ergebenden Schicksal entziehen könne, in den Allgemeinverkehr hineinzuwachsen, und RGZ. 133, 342 hatte festgestellt, daß die Einführung des elektrischen Betriebes einer Straßenbahn eine organische und notwendige Entwicklung des bisherigen Betriebes sei.

In der obigen Entsch. wird weitergehend ganz allgemein gesagt, daß § 906 keine starre Norm, sondern in seiner die Lebensverhältnisse regelnden Bedeutung wandelbar sei.

Das führt praktisch dazu, daß die Duldungspflicht gegenüber Immissionen, die durch die Umgestaltung der Lebensverhältnisse bedingt sind, trotz gleichbleibender örtlicher Verhältnisse verschärft werden kann. Wir müssen uns heute an Einwirkungen wesentlich mehr gefallen lassen als vor hundert Jahren. Dafür bleibt uns der Trost, daß auch die Abwehrmaßnahmen sich entsprechend verbessern können.

2. Daß als Störer gegenüber der Abwehrklage nicht nur der Eigentümer in Betracht kommen kann, sondern jeder, mit dessen Willen der den Gegner beeinträchtigende Zustand besteht oder von dessen Willen seine Beseitigung abhängt, entspricht, wie schon das Zitat der Entsch. zeigt, der herrschenden Ansicht.

Professor Dr. Heinr. Lehmann, Köln.

7. **§ 989 BGB. findet auf den Rechtsvorgänger, der in dem Rechtsstreit auf Herausgabe verklagt war, Anwendung, wenn er, später zur Herausgabe verurteilt, dem Urteil nicht nachkommen kann; es ist aber unzulässig, daneben noch eine Haftung des Rechtsnachfolgers aus § 989 BGB. abzuleiten.**

§ 989 BGB. gibt dem Eigentümer einer Sache einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Besitzer oder den früheren Besitzer, wenn dieser die Sache schuldhaft verschlechtert hat oder sie infolge seines Verschuldens nicht mehr herausgeben kann, sofern die Verschlechterung oder die Unmöglichkeit der Herausgabe nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist. Ungezwungen ausgelegt besagt das: Wer von dem Eigentümer einer Sache auf deren Herausgabe verklagt, die Sache schuldhaft verschlechtert oder sich schuldhaft außerstande setzt, sie herauszugeben, soll Schadensersatz leisten, sofern er zur Herausgabe schuldig befunden wird. Er soll also die Gefahr des Rechtsstreits tragen. § 989 BGB. sagt zwar nicht ausdrücklich, daß er eine Rechtshängigkeit, das ist eine solche des Herausgabeanspruchs zwischen denselben Personen, die jetzt über den Schadensersatzanspruch streiten, voraussetze; ausgeschlossen aber ist es zunächst, daß diese Personengleichheit allgemein als unerheblich hat bezeichnet werden sollen. Die Bestimmung kann weder jemandem, der nicht auf der Klageseite in dem Rechtsstreit über die Herausgabe der Sache beteiligt war, Rechte geben, noch jemandem, der nicht als Bekl. in diesem Rechtsstreit beteiligt war, Pflichten auferlegen sollen. Insbesondere ist letzteres nicht anzunehmen; denn der auf Schadensersatz in Anspruch Genommene weiß vielleicht gar nichts von dem Rechtsstreit über die Herausgabe. Anscheinend meint nun das OLG., zur Anwendung des § 989 BGB. müsse es genügen, wenn der Herausgabeanspruch gegen den Rechtsvorgänger des jetzt auf Schadensersatz in Anspruch Genommenen gerichtet und der jetzt Angegriffene in bezug auf die Rechtshängigkeit bösgläubig gewesen sei, denn in dem Falle wirke nach § 325 Abs. 1 und 2 ZPO. sogar die Rechtskraft des früheren Urteils gegen ihn. Dem aber kann nicht zugestimmt werden. Man kann § 989 BGB. nur so auslegen, daß die oben erwähnte Personengleichheit erheblich oder unerheblich ist, er bietet aber keine Handhabe zu der Auslegung, daß diese Gleichheit in bestimmten Fällen unerheblich, in anderen Fällen aber erheblich sei. § 325 ZPO. befindet auch über den Umfang der Rechtskraft, enthält also eine Vorschr. des Verfahrensrechts; ihm auch Wirkungen auf dem Gebiete des sachlichen Rechts zuzuschreiben, ist ausgeschlossen. Man kann auch nicht sagen, wenn sogar die Rechtskraft auf die bösgläubigen Rechtsnachfolger der Streitsache ausgedehnt werde, müsse auch der Rechtshängigkeit Wirkung gegen ihn zugesprochen werden. Es handelt sich hier nicht um verschiedene Grade der Bedeutung von Rechtskraft und Rechtshängigkeit, sondern um Verschiedenheiten der Art nach. § 989 BGB. findet auf den Rechtsvorgänger, der in dem Rechtsstreit auf Herausgabe verklagt war, Anwendung, wenn er, später zur Herausgabe verurteilt, dem Urteil nicht nachkommen kann; daneben aber noch eine Haftung des Rechtsnachfolgers aus § 989 BGB. abzuleiten, erscheint als unzulässig. Im Falle einer Rechtsnachfolge während eines Rechtsstreits auf Herausgabe einer Sache stehen dem Eigentümer also nur die Ansprüche zu Gebote, die jeder Eigentümer gegen den Besitzer hat. Hat sich der Rechtsnachfolger durch verbotene Eigenmacht oder durch eine unerlaubte Handlung den Besitz verschafft, so haftet er nach den Vorschr. über die unerlaubte Handlung (§ 992 BGB.). Sonst haftet er — sofern er nicht Fremdbesitzer ist — aus dem Eigentum auf Schadensersatz nur, wenn er bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben in bezug auf sein Recht zum Besitze war oder später erfahren hat, daß er nicht zum Besitze berechtigt ist oder war und nach diesem Zeitpunkt die Sache schuldhaft verschlechtert oder sich schuldhaft außerstande setzt, sie herauszugeben (§ 990 BGB.).

(U. v. 4. Sept. 1936; VII 33/36. — Hamburg.) [Hu.]

*

8. **§§ 1333, 1339 BGB. Eheanfechtung wegen manisch-depressiven Irreseins. Anfechtungsfrist. Unzulässigkeit der Rechtsausübung.**

Die Parteien haben i. J. 1923 die Ehe geschlossen, aus der 1924 ein Sohn hervorgegangen ist. Die Bekl. war am 18. Dez. 1932 bis zum 1. Febr. 1935 wegen manisch-depressiven Irreseins in einer Heil- und Pflegeanstalt. Sie ist auf Grund des nach dem Ges. v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529) erlassenen Beschlusses des ErbgesGer. beim AG. Hannover v. 23. April 1934 am 21. Aug. 1934 unfruchtbar gemacht worden. Die Parteien leben getrennt.

Der Kl. erhob im März 1935 Klage mit dem Antrage, die Ehe zu scheiden, hilfsweise sie für nichtig zu erklären. Für den Hilfsantrag gab er keine besondere Begründung, den Scheidungsanspruch stützte er auf § 1569, später auch auf § 1565 BGB. Die Bekl. beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Das LG. erkannte nach den Anträgen der Bekl. Die Berufung des Kl. blieb ohne Erfolg. RG. hob auf.

Die Abweisung der Anfechtungsklage vermag der Nachprüfung nicht standzuhalten.

Soweit die festgestellte Geisteskrankheit, ein manisch-depressives Irresein, als solche in Frage kommt, hält das BG. die Anfechtungsfrist für nicht gewahrt. Hierzu genügte nicht die Annahme, daß der Kl. die Krankheit spätestens in dem Zeitpunkt erkannt habe, als die Bekl. in die Heil- und Pflegeanstalt gebracht wurde, also im Dez. 1932. Vielmehr hätte es der weiteren Feststellung bedurft, daß der Kl. in einem mehr als sechs Monate vor der Klagerhebung liegenden Zeitpunkt gewußt oder doch damit gerechnet habe, die Krankheit sei bereits bei Abschluß der Ehe wenigstens anlagemäßig in einem Grade vorhanden gewesen, daß die begründete Besorgnis bestand, es werde sich aus der Anlage nach dem natürlichen Verlauf der Dinge eine Geisteskrankheit entwickeln. Diese Feststellung ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen.

Soweit das manisch-depressive Irresein als Erbkrankheit in Betracht kommt, hat das BG. die Rechtzeitigkeit der Anfechtung unterstellt. Es ist ferner davon ausgegangen, daß der Anfechtungsanspruch an und für sich aus § 1333 BGB. gerechtfertigt sei, hat aber gleichwohl dem Hilfsantrage nicht stattgeben zu sollen geglaubt und dazu folgendes ausgeführt. Mit der Unfruchtbarmachung der Bekl. entfalle „mit großer Wahrscheinlichkeit" „der Hauptgrund" der Anfechtung wegen Erbkrankheit, daß nämlich aus der Ehe erbkranke Kinder hervorgehen könnten. Darauf aber, daß die Erzeugung von Kindern fortan ausgeschlossen sei, habe der Kl. die Klage nicht gestützt; er habe im übrigen auch der Behauptung der Bekl., er habe schon zu der Zeit, als diese noch gesund war, keine weiteren Kinder haben wollen, nicht widersprochen. Für den Bestand der Ehe könnten sich daher aus der in Rede stehenden Eigenschaft der Bekl. keine nachteiligen Folgen mehr entwickeln. Die Rechtsverfolgung des Kl. verstoße dann aber nach nationalsozialistischen Grundsätzen wider Treu und Glauben, nämlich gegen das Gebot, auch im Unglück treu zusammenzuhalten, und gegen die Notwendigkeit, die Ehe im Interesse der Kinder tunlichst aufrechtzuerhalten; sie bedeute einen Rechtsmißbrauch.

Diesen Ausführungen ist insoweit beizutreten, als der Geltendmachung eines Rechts, darunter auch derjenigen eines an und für sich begründeten Eheanfechtungsanspruchs u. U. wegen unzulässiger Rechtsausübung der Erfolg versagt werden muß (vgl. Urt. v. 30. Juli 1936, IV 109/36 = JW. 1936, 3043[1] m. Anm.). Das ist der Fall, wenn die Rechtsausübung mit Treu und Glauben, mit den guten Sitten oder dem Sinn der Eheanfechtung in Widerspruch steht. In dieser Hinsicht erörtert das BG. mit Recht die Gefahr der Erzeugung erbkranker Kinder, beschränkt sich aber dabei auf die Ausführung, daß infolge der Unfruchtbarmachung „mit großer Wahrscheinlichkeit" der in jener Gefahr liegende „Hauptgrund der Anfechtung des Kl. wegen Erbkrankheit" entfalle. Diese Ausführung ist nicht frei von Rechtsirrtum. Das BG. übersieht, daß der Anfechtungskläger nur das Bestehen der Erbkrankheit als solcher zu behaupten und zu beweisen hatte, daß aber ihre Auswirkungen nicht zu den klagebegründenden Behauptungen gehören. Es genügte daher

nicht die Annahme einer großen Wahrscheinlichkeit dafür, daß Kinder aus der Ehe nicht mehr zu erwarten seien, sondern es hätte, wenn das Ausscheiden der genannten Gefahr als Grund für die Unzulässigkeit der Rechtsausübung, also zur Begründung eines dem Anspruch entgegenstehenden Einwandes verwendet werden sollte, der Feststellung bedurft, daß die Gefahr nicht mehr bestehe. Der gleiche Rechtsirrtum ist dem BG. unterlaufen, wenn es die weitere Kinderlosigkeit als Folge der Unfruchtbarmachung mit der Erwägung beiseite schiebt, der Kl. habe hierauf die Anfechtungsklage nicht gestützt. Unerörtert hat das BG. die naheliegende Frage gelassen, ob nicht mit einer Wiederholung des Krankheitsausbruches und mit einem dann zu befürchtenden Verhalten der Bekl. zu rechnen sei, dessen Hinnahme dem Kl. nicht zugemutet werden könnte.

Zu beanstanden ist ferner die Hilfserwägung, der Kl. habe der Behauptung der Bekl., er habe schon zu der Zeit, als die Bekl. noch gesund war, keine weiteren Kinder aus der Ehe haben wollen, nicht widersprochen. Entsprach die behauptete Tatsache der Wahrheit, so fehlt es doch an der Feststellung, daß der Kl. an seiner damaligen Auffassung auch später festgehalten habe. Das verstand sich keineswegs von selbst, sondern hätte bei der jetzt anerkannten Bedeutung der Kindererzeugung besonderer Begründung bedurft. Die Feststellung der behaupteten Tatsache entbehrt aber auch der erforderlichen Unterlage. Die Bekl. hatte behauptet, der Kl. sei bei dem geschlechtlichen Verkehr immer darauf bedacht gewesen, möglichst keine Kinder zu bekommen. Daß dieses Vorbringen hätte unbestritten bleiben sollen, läßt sich weder den Schriftsätzen noch den im Urteilstatbestande wiedergegebenen Erklärungen des Kl. entnehmen. Dazu kommt, daß die Behauptung in anderem Zusammenhange aufgestellt war.

Ob das Verlangen der Bekl. nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, wie der Kl. geltend macht, sich als Rechtsmißbrauch darstellt, kann nur nach der besonderen Lage des Falles entschieden werden. Entscheidend ist, ob Tatsachen vorliegen (mögen sie verschuldet sein oder nicht), angesichts deren das Verlangen mit rechter ehelicher Gesinnung nicht vereinbar ist und im Hinblick auf das sittliche Wesen der Ehe dem anderen Ehegatten nicht zugemutet werden kann, dem Verlangen Folge zu leisten.

(U. v. 21. Sept. 1936; IV 105/36. — Celle.) [Hn.]

*

9. §§ 60, 62, 739 ZPO. Wird eine Ehefrau auf Leistung, der Ehemann auf Duldung in das eingebrachte Gut der Ehefrau verklagt, so handelt es sich dabei allerdings nicht um denselben (identischen), sondern um zwei nebeneinander bestehende und insofern selbständige Ansprüche. Die Eheleute sind deshalb nicht notwendig Streitgenossen. Die Ansprüche auf Leistung oder Feststellung gegen die Frau und der Anspruch auf Duldung der Vollstreckung gegen den Mann bilden auch keine Gesamtschuld. Sie können in getrennten Prozessen verfolgt werden. Der Mann kann auch im Rechtsstreit auf Duldung den Anspruch gegen die Frau bestreiten, selbst wenn die Frau bereits rechtskräftig zur Leistung verurteilt ist. In dem gegen ihn gemäß § 739 ZPO. anhängigen Rechtsstreit auf Duldung kann er aber dann keine Einwendungen gegen die Leistungspflicht der Frau erheben, wenn er der Prozeßführung gegen die Frau zugestimmt hat. Dann wirkt das gegen die Frau ergangene Urteil auch gegen ihn, soweit es sich um die Leistungspflicht der Frau handelt (§ 1400 Abs. 1 BGB.; RGZ. 59, 234; 89, 366 = JW. 1917, 465).

(U. v. 11. Aug. 1936; II 62/36. — Dresden.) [v. B.]

*

10. § 233 ZPO. Der Anwalt ist zu erhöhter Sorgfalt verpflichtet, wenn er die Einlegung der Berufung bis zum letzten Augenblick hinausschiebt. †)

(Beschl. v. 16. Sept. 1936; IV B 43/36. — Dresden.) [L.]

*

11. §§ 233, 625 ZPO. Sorgfaltspflicht des Anwalts bei der Prüfung der Revisionsfrist gegen von Amts wegen zugestellte Urteile in Ehesachen. †)

(Beschl. v. 16. Sept. 1936; IV 238/36. — Naumburg.) [L.]

Abgedr.: JW. 1936, 3312[8] und 3313[9].

Anmerkung zu 10 und 11: Den beiden Urteilen ist im wesentlichen zuzustimmen.

1. Es entspricht der ständigen Rspr., vom Anwalt zu verlangen, daß er bei Ausnutzung der Berufungsfrist bis zum letzten Tage sich von der Einlegung der Berufung durch den Berufungsanwalt vergewissert. Es entspricht auch der Lebenserfahrung, daß gerade bei Dingen, die auf den letzten Tag geschoben werden, irgend etwas „dazwischen kommt" und die rechtzeitige Erledigung verhindert. Dagegen müssen Vorkehrungen getroffen werden. Das wäre in dem JW. 1936, 3312[8] entschiedenen Falle durch ein Telephongespräch leicht möglich gewesen, zu dem der erstinstanzliche Anwalt seinem Büro hätte Auftrag geben können. Sicherlich kann man nicht allgemein damit rechnen, daß zunächst einmal eine Angestellte einen Brief zu gering frankiert, daß dann die Post bestimmungswidrig einen Brief nicht weiterbefördert und beim Empfänger das Porto einzuziehen versucht, sondern ihn zurückliefert und daß dann noch die Angestellte einfach eine Marke aufklebt und den Brief wieder in den Postkasten wirft, statt ihn durch Eilboten zu befördern oder dem Anwalt Mitteilung zu machen, damit der Auftrag noch telefonisch weitergegeben werden konnte. Aber dieser Summe von Zufälligkeiten konnte durch geeignete Anweisungen begegnet werden.

Allerdings würde ich die allgemeine Anweisung an das Büro, bei Berufungen, die erst am letzten Tage der Frist beim Berufungsanwalt eintreffen können, sich zu vergewissern, ob die Postsendung eingegangen und die Berufung eingelegt ist, für ausreichend halten. Unterläßt dann das Büro diese Anweisung, so kann vom Anwalt nicht erwartet werden, daß er selbst am Tage des Fristablaufs sich davon vergewissert, ob die Berufung eingelegt ist. Geschieht dann trotz seiner Anweisung nichts, so würde ich die Säumnis als unverschuldet ansehen.

Die Entsch. läßt nicht erkennen — und das ist das einzig Bedauerliche an ihr —, ob sie der Milderung der Ansprüche, die allgemein bei den Anforderungen an die „Unabwendbarkeit" eingetreten ist, beitritt oder nicht (vgl. dazu die Urteile in meiner Anm. JW. 1934, 1049[7]). Genügen müßte etwa auch, daß der Anwalt die allgemeine Anweisung gab, daß derartige Briefe unter Einschreiben versandt würden, um dadurch feststellen zu können, daß eine besondere Behandlung der Sache bei der Post gewährleistet wurde und daß der Anwalt sich dann das Postbuch allgemein vorlegen ließ. Geschah das dann nicht, so wäre die Versäumung unabwendbar (vgl. auch den Fall RG.: JW. 1935, 1692[13]: Versäumnis der Begründungsfrist entschuldigt, wenn eine Angestellte allgemeine Anweisung zur Fristüberwachung hatte und einer zweiten Angestellten für den besonderen Fall noch eine besondere Anweisung zur Einhaltung der Frist erteilt worden war).

Würde in obiger Entsch. die Auffassung des RG. dahin zu verstehen sein, daß der Anwalt verpflichtet sei, im Einzelfalle sich selbst davon zu überzeugen, ob die Berufung, die am letzten Tag eingelegt werden sollte, auch eingelegt worden ist, so würde ich das für Überspannung der Anforderungen halten. Es ist gerade in einem größeren Bürobetrieb gar nicht möglich, auf Einzelheiten zu achten: Die für den Anwalt er-

ledigte geistige Arbeit entschwindet seinem Blickfeld mindestens solange, bis der Bürobetrieb mit Besprechungen usw. vorüber ist. Es muß zwar vom Anwalt verlangt werden, daß er alles tut, um durch die Organisation Fehler und Versäumnisse nach Möglichkeit zu verhindern; es kann von ihm aber nicht verlangt werden, daß er selbst neben der Arbeit, die juristische Schulung und geistige Arbeit erfordert, die Einhaltung der einzelnen Frist überwacht (vgl. RGZ. 96, 324 = JW. 1920, 143).

Die Entsch. zeigt aber deutlich, daß es in jedem einzelnen Falle, wo Wiedereinsetzung beantragt werden muß, darauf ankommt, darzulegen, welche organisatorischen Maßnahmen für die allgemeine Verhütung von Versäumnissen getroffen sind.

2. Daß Ehescheidungsurteile von Amts wegen zugestellt werden, muß einem Anwalt bekannt sein. Wenn der Anwalt sich nicht darum gekümmert hat, wenn diese allein maßgebliche Zustellung erfolgt ist, so liegt darin schon ein Verschulden, das die Wiedereinsetzung ausschließt. Denn im allgemeinen sind diese Urteile ja gar nicht verfügbar, bevor sie zugestellt sind.

Zutreffend ist auch, daß der Anwalt dafür sorgen muß, daß der Tag der Zustellung irgendwo eingetragen wird, weil ja sonst der Tag der Zustellung gar nicht nachzukontrollieren wäre. Bedenken aber habe ich gegen die Fassung, daß er selbst für die Vermerkung der Zustellung in den Akten Sorge tragen muß, wenn damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß er im Einzelfalle dafür Sorge tragen muß.

a) Bei den meisten Büros kommen Eingangsstempel auf die eingehenden Schriftstücke. Bei Zustellungen von Amts wegen deckt sich dieses Eingangsdatum mit dem Tage der Zustellung. Besteht nun die allgemeine Anweisung, daß dieser Tag in dem Fristenkalender einzutragen ist und daß rechtzeitige Vorlage erfolgt (selbstverständlich sind von Zeit zu Zeit Stichproben für den Nachweis ordnungsmäßiger Überwachung notwendig!), so muß das ausreichen.

b) Wird die Frist in den Akten eingetragen, die ja gar nicht immer mit dem Urteil vorgelegt werden, wenn es eingeht, so genügt der Anwalt seiner Pflicht, wenn er die Eintragung in den Akten anordnet und gelegentlich nachprüft, ob dieser allgemeinen Anweisung Genüge geschieht.

Auch hier scheint mir der Hinweis notwendig, daß alles vermieden werden muß, was dem Anwalt für eine mechanische, wenn auch wichtige Tätigkeit im Einzelfalle selber beansprucht. Ihm muß für diesen Fall stets der Umstand für die Wiedereinsetzung zur Seite stehen, daß er sein Büro sorgfältig ausgewählt hat, daß er ihm Anweisungen gibt, die den Willen erkennen lassen, alle Zufälligkeiten und Versäumnisse nach Möglichkeit auszuschalten und daß er die Einhaltung seiner Anweisungen stichprobenweise überwacht hat. Tut er das, so genügt er seiner Pflicht. Hat er ihr genügt, so darf der Partei das Versehen eines Angestellten oder eines Dritten nicht zugerechnet werden, wenn nicht die Erfüllung der wichtigeren Aufgabe des Anwalts als Berater und Helfer der Parteien gefährdet werden soll.

Mit dieser grundsätzlichen Einschränkung ist auch dieser Entsch. zuzustimmen.

RA. Carl, Düsseldorf.

*

12. § 287 ZPO. Die für die Schadensfeststellung maßgebenden Erwägungen des Gerichts sind auch als Äußerungen freien Ermessens durch das RG. dahin nachprüfbar, ob sie auf einem grundsätzlich falschen Satz oder auf offenbar unsachlichen Erwägungen beruhen (RGZ. 76, 175 = JW. 1911, 586; RG.: HöchstRRspr. 1935 Nr. 815).

(U. v. 28. Juli 1936; III 345/35. — Celle.) [v. B.]

Reichsgericht: Strafsachen

Strafgesetzbuch

14. § 2 StGB. a. F. Ist die Tat vor dem 1. Sept. 1935 begangen, so ist stets die mildere Vorschrift des § 2 StGB. a. F. anzuwenden (JW. 1936, 2996 [21] = RGSt. 70, 282, 285 und RGEntsch. 1 D 1013/35 v. 10. Jan. 1936). Nach § 2 StGB. a. F. ist das mildeste Gesetz anzuwenden. Dieses ist § 175 StGB. **neue** Fassung. Denn diese sieht keinen Ehrverlust vor und gestattet unter den Voraussetzungen des Abs. 2 in besonders leichten Fällen von Strafe überhaupt abzusehen.

(4. Sen. v. 29. Sept. 1936; 4 D 678/36.)

*

** **15.** § 2b StGB. Eine Wahlfeststellung darf nur getroffen werden, wenn trotz sorgfältigsten Bemühens um die Wahrheitserforschung es völlig unmöglich ist, eine eindeutige Feststellung zu treffen.

Das LG. hat wahlweise festgestellt, daß der Angekl. entweder ein Verbrechen nach §§ 176 Abs. 1 Nr. 3, 43 StGB. begangen oder sich vorsätzlich durch den Genuß geistiger Getränke in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch versetzt habe, in dem er jene unzüchtige Handlung zu begehen versucht habe, Vergehen nach § 330 a StGB., und hat ihn daraufhin gem. § 2 b StGB. aus § 330 a bestraft.

Die grundsätzlichen Bedenken, die die Rev. hiergegen erhebt, sind unbegründet: Bei einer solchen Verurteilung werden nicht, wie die Rev. geltend macht, schuldhafte und nicht schuldhafte Handlungen i. S. der §§ 176 Abs. 1 Nr. 3, 43 StGB., sondern sich gegenseitig ausschließende Verstöße gegen zwei verschiedene, selbständige Strafgesetze, auch nicht Taten eines Unzurechnungsfähigen, sondern die in zurechnungsfähigem Zustande begangenen Verstöße gegen §§ 176 Abs. 1 Nr. 3, 43 und gegen § 330 a StGB. wahlweise festgestellt. Daß der eine nicht durch dieselbe Handlung und zu derselben Zeit wie der andere begangen sein kann, steht der Anwendung des § 2 b StGB. nicht entgegen. Das RG. hat auch bereits wiederholt eine Verurteilung auf Grund der Wahlfeststellung für zulässig erklärt, daß der Täter entweder gegen ein bestimmtes Strafgesetz verstoßen oder aber sich vorsätzlich oder fahrlässig durch den Genuß geistiger Getränke in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch versetzt habe, in dem er jene mit Strafe bedrohte Handlung beging (JW. 1936, 1129 m. Anm. = RGSt. 70, 42 und JW. 1936, 1131 [8] = RGSt. 70, 85).

Das angefochtene Urteil läßt aber nicht hinreichend erkennen, daß und warum es im vorl. Falle notwendig und daher zulässig war, der Entsch. eine Wahlfeststellung zugrunde zu legen. § 2 b StGB. setzt voraus, daß eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich ist, und nach § 267 b StPO. muß im Urteil dargetan werden, weshalb eine „eindeutige" Feststellung nicht möglich ist. Es ist damit ein letzter Notweg für den Fall eröffnet, daß andere Wege schlechterdings nicht gangbar sind. Die amtliche Begründung warnt vor übertriebenem Gebrauch der Wahlfeststellung, vor Verurteilungen auf Grund unklarer, verschwommener Feststellungen. Das Gericht hat in jedem Falle alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit dienlich und notwendig ist (§ 244 Abs. 2 StPO.). Es darf, wenn Zweifel auftauchen, ob der Angekl. sich in der einen oder aber in der anderen Richtung schuldig gemacht hat, sich nicht ohne weiteres durch Anwendung des § 2 b StGB. aus ihnen heraushelfen, sondern muß sie unter Ausnutzung aller sich darbietenden Erkenntnisquellen zu klären suchen und darf zur Verurteilung nach § 2 b, die meistens eine ausreichende Bestrafung nicht verbürgt, nur schreiten, wenn es trotz sorgfältigsten Bemühens um die Wahrheitserforschung völlig unmöglich ist, zur richterlichen Überzeugung davon durchzudringen, daß nur ein Verstoß in der

einen bestimmten Richtung begangen sei (vgl. hierzu RGSt. 61, 202; 66, 163).

Der Täter ist bei einer Verurteilung nach § 2b StGB. nur aus dem mildesten Gesetze und bei einer Verurteilung nach § 330a StGB. nur nach dieser Strafbestimmung zu bestrafen. Hiernach ist es regelmäßig unzulässig, Strafzumessungsgründe ohne weiteres in ersterem Falle aus dem — nicht sicher erwiesenen — Verstoße gegen das andere Strafgesetz — und im zweiten Falle aus der Rauschtat selbst herzuleiten. Die StrK. geht aber unverkennbar davon aus, daß der Angekl., als er sich in den Rauschzustand versetzte, nach den im Urteil erwähnten Vorgängen damit gerechnet hat oder doch damit hätte rechnen müssen, er werde in der Betrunkenheit wieder, wie früher, sich unsittlich an Kindern vergehen. Bei solcher Sachlage wäre es rechtlich nicht zu beanstanden gewesen, daß die StrK. um derartiger schwerer, unmittelbarer Folgen des herbeigeführten Rausches willen, wie sie voraussehbar waren und eingetreten sind, das Vergehen nach § 330a StGB. als schweres angesehen und geahndet hat.

(2. Sen. v. 17. Sept. 1936; 2 D 433/36.)

*

16. §§ 20a, 43, 267 StGB. Ein nicht unter Strafe gestellter Versuch eines Vergehens kann nicht dadurch strafbar werden, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist und bei Vollendung des Vergehens mit Zuchthaus bestraft werden müßte.

Festgestellt ist der Versuch der fälschlichen Anfertigung einer zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erheblichen Privaturkunde. Ausdrücklich abgelehnt wird die Feststellung, daß diese Urkundenfälschung vom Angekl. versucht worden sei, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Somit kommt nur ein Versuch einer einfachen Urkundenfälschung nach § 267 StGB. in Frage. Der Versuch einer solchen Urkundenfälschung ist aber nicht strafbar, weil es sich um den Versuch eines Vergehens handelt, bei dem der Versuch nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist (§ 43 Abs. 2 StGB.). Das verkennt die StrK. an sich nicht; sie geht jedoch davon aus, daß der Angekl. gefährlicher Gewohnheitsverbrecher und deshalb nach § 20a StGB. zu bestrafen sei, und nimmt offenbar an, daß deshalb, weil § 20a StGB. Zuchthausstrafe androht, die vorl. Tat für den Angekl. ein Verbrechen und deshalb der Versuch strafbar sei. Diese Rechtsauffassung ist nicht haltbar. Aus § 20a StGB. ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß mit dieser Bestimmung lediglich die Möglichkeit einer Strafschärfung für den Fall geschaffen werden sollte, daß der Täter gefährlicher Gewohnheitsverbrecher in dem dort näher bezeichneten Sinne sei. Wenn die zur Aburteilung stehende Tat eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers nach dem Strafgesetze an sich überhaupt nicht strafbar ist, soll § 20a StGB. nicht ihre Bestrafung ermöglichen. Daß das der Sinn der Bestimmung ist, geht insbes. daraus hervor, daß Zuchthausstrafe bis zu 5 Jahren als geschärfte Strafe eintritt, „soweit die neue Tat nicht mit schwererer Strafe bedroht ist". Die Anwendung des § 20a ist also dadurch bedingt, daß die Tat an sich bereits mit Strafe bedroht ist. Das ist nun aber hinsichtlich eines Versuchs der einfachen Urkundenfälschung, den die StrK. als vorliegend ansieht, nicht der Fall. Der Angekl. ist deshalb freizusprechen, weil er eine strafbare Handlung nicht begangen hat.

(1. Sen. v. 7. April 1936; 1 D 170/36.)
<= RGSt. 70, 289.>

*

17. §§ 20a, 42e StGB. Beschränkung der Rev. Die auf die Sicherungsverwahrung beschränkte Rev. des Angekl. ergreift gleichwohl auch den Strafausspruch, wenn die Strafe auf Grund des § 20a StGB. geschärft worden ist. Das gilt aber nicht für den Fall, wenn die Strafschärfung — wenn auch rechtsirrtümlich — unterblieben ist.

Der Verteidiger hat auf Grund der ihn hierzu berechtigenden Vollmacht die Rev. auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung beschränkt und dabei ausdrücklich erklärt, daß das Urteil „hinsichtlich der ausgesprochenen Strafe angenommen werde". Die Beschränkung ist jedoch zunächst insoweit wirkungslos, als im angefochtenen Urteil die wegen des fortgesetzten Rückfallsbetrugs erkannte Strafe auf Grund des § 20a Abs. 1 StGB. geschärft worden ist. Insoweit ergreift die Anfechtung des Urteils wegen der Sicherungsverwahrung mit Rechtsnotwendigkeit auch den Strafausspruch. Statt näherer Begründung wird auf JW. 1935, 201 [9] m. Anm. = RGSt. 68, 385 ff. verwiesen. Nun hat in dem hier gegebenen Falle das LG., soweit der Angekl. wegen einer weiteren selbständigen Unterschlagung verurteilt worden ist, die im § 20a Abs. 1 StGB. zwingend vorgeschriebene Strafschärfung irrtümlich unterlassen, wie sich daraus ergibt, daß es insoweit auf drei Wochen Gefängnis statt auf mindestens ein Jahr Zuchthaus erkannt hat. Daher muß die Frage aufgeworfen werden, ob auch in einem solchen Falle die Anfechtung lediglich wegen der Sicherungsverwahrung sich auch auf den Strafausspruch erstrecken muß. Dies ist in der erwähnten Entsch. dahingestellt geblieben, weil die Lage des dort gegebenen Falles zu einer Entsch. in der bezeichneten Richtung nicht nötigte. Der jetzt erk. Sen. verneint die Frage. In JW. 1935, 201 = RGSt. 68, 386 ist auf den engen inneren Zusammenhang zwischen den beiden Voraussetzungen des § 42e StGB. und darauf hingewiesen worden, daß die Nachprüfung (und damit die Rev.) nicht willkürlich auf die eine oder die andere dieser Voraussetzungen, aber auch nicht auf eine der mehreren Rechtsfolgen — zu denen die im § 20a Abs. 1 StGB. vorgesehene Strafschärfung gehört — beschränkt werden kann, die in demselben Urteil davon abgeleitet worden sind. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die Strafschärfung — wenn auch rechtsirrtümlich — unterblieben ist. Dann ergreift die Anfechtung wegen der Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht den Strafausspruch; die insoweit festgesetzte Strafe ist daher mangels Anfechtung rechtskräftig geworden und die Anwendung des § 358 Abs. 2 StPO. n. F. kommt dann nicht in Frage (vgl. hierzu auch JW. 1934, 3202 [16] m. Anm. = RGSt. 68, 295).

(1. Sen. v. 25. Sept. 1936; 1 D 471/36.)

*

18. § 42b StGB. Liegen die Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung des Täters in einer Heil- oder Pflegeanstalt vor, dann darf nicht ohne weiteres auf Sicherungsverwahrung erkannt werden, ohne die Frage der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt auch nur zu erörtern. Vielmehr ist dann in erster Linie zu prüfen, ob dem Erfordernis, die öffentliche Sicherheit vor weiteren Rechtsbrüchen des Angekl. zu schützen, nicht schon durch dessen Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt genügt wird. Denn nur dann, wenn besondere Umstände gegeben sind, aus denen zu folgern ist, daß diese Maßnahme nicht ausreichen wird, ist gemäß § 42n StGB. die gleichzeitige Anordnung auch der Sicherungsverwahrung in Betracht zu ziehen (vgl. dazu RGSt. 69, 150, 153 = JW. 1935, 1854 [12] und RGEntsch. 2 D 7/35 v. 7. Febr. 1935: JW. 1935, 2136 [9] sowie 4 D 247/36 v. 21. April 1936: JW. 1936, 1971 [33]).

(4. Sen. v. 6. Okt. 1936; 4 D 725/36.)

*

19. § 42k StGB. Die Anordnung der Entmannung darf nicht neben einer Verurteilung ausgesprochen werden, die sich ausschließlich auf den § 175a Nr. 3 StGB. stützt; denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 42k StGB. kommt „Unzucht mit Kindern" nur dann für die Anordnung der Entmannung in Frage, wenn sie unter den § 176 Abs. 1 Nr. 3 (gegebenenfalls mit Abs. 2 oder mit § 178)

StGB. fällt (vgl. die in § 42k Abs. 1 Nr. 1 hinter dem Worte „Notzucht" in Klammern gesetzten Paragraphen). Bei „Homosexuellen" (§§ 175, 175a StGB.) hat nach den Erfahrungen, die dem Gesetzgeber vorlagen, eine Entmannung die erstrebte Änderung der Triebrichtung in der Regel nicht bewirkt (Schäfer-Wagner-Schafheutle, GewohnhVerbrG., Art. 2 § 42k Anm. 6).

(5. Sen. v. 24. Sept. 1936; 5 D 614/36.)

*

20. § 51 StGB. Eine im Gebiete des geistigen Gesundheitszustandes liegende Erbkrankheit, die die Sterilisation rechtfertigt, muß zwar nicht immer so schwer sein, daß sie unter allen Umständen bei ihrem Träger eine erhebliche Verminderung der im § 51 StGB. bezeichneten Fähigkeiten herbeiführen müßte. Immerhin ist aber die Feststellung einer geistigen Erbkrankheit solchen Grades, daß die Sterilisation für angezeigt gehalten und durchgeführt wird, bei Menschen, an denen die Erbkrankheit äußerlich in Erscheinung tritt, ein beachtliches Beweisanzeichen für eine schwere „erhebliche" Beeinträchtigung der im § 51 Abs. 2 StGB. bezeichneten Fähigkeit.

(1. Sen. v. 25. Sept. 1936; 1 D 723/36.)

*

21. §§ 76, 42e StGB. Nicht in jedem Falle muß mit der Aufhebung der Gesamtstrafe durch das RevG. auch die Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgehoben werden.

Das RevG. kann durch seinen Spruch den Schuldspruch des LG. in der notwendigen Weise berichtigen. Die entsprechende Änderung des Strafausspruches in bezug auf Einzelstrafen und Gesamtstrafe muß aber dem Tatrichter überlassen bleiben.

Die notwendige Aufhebung der auf unrichtiger Grundlage festgesetzten Gesamtstrafe hat zur Folge, daß auch die Nebenstrafe des Verlusts der bürgerlichen Ehrenrechte aufgehoben werden muß, da das LG. sie nur in Verbindung mit der Gesamtstrafe, nicht in Verbindung mit den bestehenbleibenden Einzelstrafen festsetzen konnte und festgesetzt hat (§ 76 StGB.; vgl. RGSt. 36, 89 und 68, 176 = JW. 1934 2055[16] sowie RGUrt. v. 25. Juni 1906, 1 D 1538/05: GoltdArch. 53, 437).

Dagegen nötigt der § 76 StGB. im vorl. Falle nicht dazu, zugleich mit der Gesamtstrafe auch die Anordnung der Sicherungsverwahrung aufzuheben. Die Sicherungsmaßregel, die neben einer Gesamtstrafe angeordnet wird, kann zwar im Einzelfalle mit der Gesamtstrafe — über die Wirkung des § 76 StGB. hinaus — in engem Zusammenhange stehen, etwa wenn im Einzelfalle Art und Maß der Gesamtstrafe von Bedeutung für die Frage wäre, ob die Sicherungsmaßregel für die Zeit nach der Strafverbüßung überhaupt noch erforderlich sei; und in einem solchen Falle könnte die Sicherungsmaßregel nicht unabhängig von der Gesamtstrafe aufrechterhalten werden. Aber ein solcher Zusammenhang — der zwischen einer Gesamtstrafe und einer Ehrenstrafe, mindestens ihrer Dauer, stets vorhanden sein wird —, kann bei der Sicherungsmaßregel fehlen, und so steht es hier; denn das LG. hat auf Grund tatrichterlicher Würdigung angenommen, daß der Gefahr künftiger Verbrechen des Angekl. überhaupt nicht allein durch Strafen begegnet werden kann. Hiernach und nach den rechtlich einwandfrei getroffenen weiteren Feststellungen des LG. muß die Sicherungsverwahrung, da für sie alle Voraussetzungen des § 42e StGB. gegeben sind, schon deshalb angeordnet werden, weil der Angekl. in drei nicht von der Schuldspruchberichtigung betroffenen Betrugsfällen als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt worden ist.

(1. Sen. v. 6. Okt. 1936; 1 D 670/36.)

22. § 79 StGB.; § 460 StPO.; § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. Ist eine Gesamtstrafe zu erwarten, dann kann nur der Richter über die Anwendbarkeit des StraffreihG. entscheiden, dem die Bildung der Gesamtstrafe gebührt. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob die Gesamtstrafenbildung nach § 79 StGB. oder nach § 460 StPO. erfolgt.

Das angefochtene Urteil stellt in rechtlich bedenkenfreier Weise fest, daß der Angekl. am 18. April 1934 bei dem LG. in B. als einer zur Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung zuständigen Behörde eine solche Versicherung wissentlich falsch abgegeben hat. Es wird weiter ausgeführt, daß der Angekl. daher an sich gem. § 156 StGB. zu bestrafen wäre, und daß das Gericht eine Strafe von sechs Monaten Gefängnis für die angemessene Sühne ansehen würde.

Der Angekl. ist ferner in einer anderen Strafsache desselben LG. durch Urt. des SchwG. B. v. 19. Jan. 1935 wegen fahrlässigen Falscheides in zwei Fällen (begangen am 7. Nov. und 22. Dez. 1933) zu einer Gesamtstrafe von acht Monaten Gefängnis verurteilt. In dieser vorl. Sache führt nun das angefochtene Urteil aus: Da das Schwurgerichtsurteil noch nicht rechtskräftig sei, habe es für die Strafzumessung nicht von Bedeutung sein können und auch nicht zur Bildung einer Gesamtstrafe gem. § 79 StGB. dienen können. Da andererseits in vorl. Sache die strafbare Handlung des Angekl. vor dem 2. Aug. 1934 begangen und eine höhere Freiheitsstrafe als sechs Monate Gefängnis nicht in Betracht komme und der Angekl. endlich nur mit Geldstrafe vorbestraft sei, so sei das Verfahren gem. § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 einzustellen gewesen.

Dieses vom LG. eingeschlagene Verfahren ist fehlerhaft. Nach § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) werden anhängige Verfahren, die vor dem 2. Aug. 1934 begangen sind, eingestellt, wenn keine höhere Strafe oder Gesamtstrafe als Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten zu erwarten ist. Danach unterscheidet das Gesetz den Fall, daß eine einzelne Strafe zu erwarten ist, von einem solchen, in dem eine Gesamtstrafe zu erwarten ist. Im letzteren Falle kann nur der Richter über die Anwendbarkeit des StraffreihG. entscheiden, dem die Bildung der Gesamtstrafe gebührt. Dabei ist kein Unterschied gemacht, ob die Gesamtstrafenbildung nach § 79 StGB. oder nach § 460 StPO. erfolgt; also im ersteren Falle durch das erkennende Gericht, im zweiten Falle durch das Beschlußgericht i. S. des § 460. In vorliegender Strafsache stand bei der Urteilsfällung fest, daß späterhin eine Gesamtstrafenbildung zu erwarten war, da an sich die Voraussetzungen des § 79 StGB. gegeben waren und nur jenes frühere Urteil noch nicht rechtskräftig war. Daher durfte das LG. nicht, ohne Rücksicht auf das andere Verfahren, von sich aus die Einstellung des bei ihm anhängigen Verfahrens aussprechen, sondern mußte die Entsch. über die Niederschlagung nach der Höhe der zu erwartenden Gesamtstrafe treffen. Ob in derartigen Fällen die Aussetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des anderen Verfahrens zu empfehlen ist oder eine Verurteilung zur Strafe auszusprechen ist unter Vorbehalt einer späteren Entsch. über die Niederschlagung des Verfahrens (vgl. Urt. des RG. v. 25. Juni 1936, 3 D 193/36: DStR. 1936, 366/67), braucht im vorl. Falle nicht erörtert zu werden; denn inzwischen sind die Verurteilungen in jenem anderen Verfahren am 23. Mai 1935 durch Verwerfung der Rev. rechtskräftig geworden. Daher steht jetzt endgültig fest, daß die Voraussetzungen für die Festsetzung einer Gesamtstrafe vorliegen, wenn wegen der den Gegenstand des jetzigen Verfahrens bildenden Straftat eine Verurteilung ausgesprochen wird. Nach der Höhe der Gesamtstrafe ist dann die Frage der Niederschlagung zu entscheiden.

(2. Sen. v. 8. Okt. 1936; 2 D 572/35.)

*

23. § 133 StGB. Gegenstände (z. B. Blocks mit Verwarnungsformblättern), deren Aufbewahrung nicht den Zwecken einer amtlichen (hoheitlichen) Verfügungsgewalt, sondern nur der Überwachung und dem sparsamen Verbrauch eines Eigentums dienen soll, fallen nicht unter die Bestimmung des § 133 StGB. (vgl. RGSt. 51, 226; 52, 240).

(1. Sen. v. 6. Okt. 1936; 1 D 582/36.)

*

24. § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. findet Anwendung, auch wenn lediglich „objektiv" eine Verfolgungsgefahr bestanden hat.

Der § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. greift entgegen der Annahme der Reichsanwaltschaft Platz, auch wenn lediglich „objektiv" eine Verfolgungsgefahr bestanden hat. Die eingehenden, gewiß nicht unbeachtlichen Ausführungen der Reichsanwaltschaft geben dem Senat keinen Anlaß, von der ständigen Rspr. des RG. abzugehen, daß für die Anwendbarkeit des § 157 Abs. 1 Nr. 1 allein entscheidend ist, ob die Angabe der Wahrheit gegen den Täter selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens wirklich nach sich ziehen konnte, daß also die Auffassung des Täters hiervon die Anwendbarkeit nicht beeinflußt (RGSt. 67, 45 = JW. 1933, 2458 [13] m. Anm.). Abgesehen von den für die bisherige Rspr. maßgebend gewesenen Gründen, denen sich der Senat auch bei seiner erneuten Prüfung der Frage anschließt, ist für seinen Standpunkt von besonderer Bedeutung, was folgt:

Die Einführung eines neuen StGB. steht nahe bevor. Zweckmäßigkeitsgründe gebieten, kurz vor seiner Einführung nur mit größter Vorsicht an die Änderung einer festen Rspr. heranzutreten. Das gilt um so mehr, als wahrscheinlich das künftige StGB. keine dem § 157 StGB. entsprechende Vorschr. enthalten und so die Frage gegenstandslos werden wird. Auch würden zahlreiche neue Streitfragen entstehen, wenn sich die Rspr. bei der Auslegung des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. jetzt der sog. „subjektiven Theorie" zuwendete; so könnte es streitig werden, ob die Vorschr. sogar anzuwenden sei, wenn der Meineidige die Verfolgung wegen einer Tat befürchtet hat, die ein bloßes Wahnverbrechen ist (vgl. auch RGSt. 43, 67/70). Es könnte ferner als unbillig bezeichnet werden, dem Meineidigen die Wohltat einer Strafermäßigung zu versagen, der von einer Angabe der Wahrheit zwar nicht eine Verfolgung wegen eines Vergehens befürchtet hat, aber sonstige Nachteile, die für ihn vielleicht weit schwerer wogen als der Nachteil einer solchen Strafverfolgung. Endlich ermöglicht es die Auslegung, die dem § 157 Abs. 1 Nr. 1 in der Rspr. zuteil wird, den Täter in zahlreichen Fällen, in denen eine Zuchthausstrafe nicht gerechtfertigt erscheint, mit Gefängnis zu bestrafen und so die Härte zu beseitigen, die darin liegt, daß der Gesetzgeber den Meineid mit Zuchthaus bedroht und mildernde Umstände völlig ausschließt.

(5. Sen. v. 24. Sept. 1936, 6/5 D 47/36 und 6/5 D 19/36.)

*

25. § 157 Nr. 1 StGB. Auf Fälle, in denen der Angekl. die eidesstattliche Versicherung freiwillig und unaufgefordert, keineswegs unter Zeugniszwang abgegeben hat, ist der § 157 Nr. 1 StGB. nicht anwendbar (zu vgl. RGSt. 67, 168/170).

(5. Sen. v. 15. Okt. 1936; 5 D 695/36.)

*

26. § 175a Nr. 2 StGB.; § 114 MilStGB. Anders wie im § 114 MilStGB. wird in § 175a Nr. 2 StGB. nicht unbedingt vorausgesetzt, daß das Vorgesetztenverhältnis, aus dem sich die Unterordnung ergibt, im Augenblick der Tat besteht. Nur die Abhängigkeit, die durch ein Unterordnungsverhältnis begründet wird, muß vorhanden sein. Eine solche Abhängigkeit besteht bei einem Rekruten gegenüber seinem Rekrutengefreiten, wenn der ihm im Dienst für die ganze Dauer der Rekrutenzeit oder doch wenigstens für eine gewisse Dauer übergeordnet ist. Die Abhängigkeit ist alsdann auch außerdienstlich vorhanden. In der Regel besteht sie aber nicht gegenüber einem Kameraden, der nicht dauernd Rekrutengefreiter, sondern nur gelegentlich zur Ausbildung der Rekruten herangezogen wird.

(4. Sen. v. 11. Sept. 1936; 4 D 659/36.)

*

27. §§ 175a Abs. 1 Nr. 1, 20a, 42e und k StGB. Die Annahme einer fortgesetzten Handlung ist bei schwerer, gegenüber mehreren Männern begangener Unzucht rechtlich unmöglich.

Der Angekl. hat in der Zeit vom Dezember 1935 bis Ende April 1936 ein Verbrechen nach § 175a Abs. 1 Nr. 1 StGB. an dem Laufjungen B. in drei Fällen, an dem Landwirtschaftsgehilfen M. in zwei Fällen, an dem Gärtnerlehrling G. in einem Falle verübt, ferner hat er sich an dem Laufjungen W. eines vollendeten und eines versuchten Verbrechens und eines vollendeten Vergehens der einfachen Unzucht nach § 175 schuldig gemacht. Diese sämtlichen Einzelhandlungen würdigt die StrK. rechtlich als eine einheitliche, fortgesetzte Handlung. Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigetreten werden. Sie ist zwar vom 1. StrSen. des RG. für den Bereich des § 175 a. F. StGB. vertreten worden (JW. 1936, 1674 [12] = RGSt. 70, 145). Später aber hat der Große Senat für Strafsachen sich allgemein gegen die Annahme einer fortgesetzten Handlung bei solchen Straftaten ausgesprochen, die sich gegen Leben, Gesundheit, Ehre und sittliche Reinheit verschiedener Volksgenossen richten, und hat im besonderen einen Fortsetzungszusammenhang für rechtlich unmöglich erklärt, wenn sich Einzelhandlungen i. S. des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. gegen verschiedene Kinder richten (JW. 1936, 2551 [23] = RGSt. 70, 243). Diesem Beschlusse folgend hat dann der 2. StrSen. die Annahme von Fortsetzungszusammenhang bei Vergehen i. S. des § 175 alter und neuer Fassung abgelehnt, wenn die Unzuchtshandlungen mit verschiedenen Männern vorgenommen worden sind (JW. 1936, 2996 [21] = RGSt. 70, 282). Auf diese beiden Entsch. wird verwiesen. Ihnen schließt sich der erk. Sen. für den Bereich des § 175a Abs. 1 Nr. 1 StGB. an, und dies um so mehr, als bei diesem Verbrechen mit dem Angriff auf die sittliche Reinheit noch ein Angriff gegen die persönliche Freiheit und die körperliche Unantastbarkeit des einzelnen Volksgenossen sich verbindet. Aus den gleichen Gründen wie der 2. StrSen. hält es auch der erk. Sen. nicht für erforderlich, gegenüber der oben angeführten Entsch. des 1. StrSen. den Großen Senat anzurufen; im übrigen hat der 1. StrSen. damals gerade für das Gebiet des § 175a StGB. die Frage des Fortsetzungszusammenhanges offengelassen (JW. 1936, 1674 [12] = RGSt. 70, 145).

Wie berechtigt es ist, der Anwendung des — nicht im StGB. enthaltenen, sondern erst von der Rspr. herausgebildeten — Begriffes des Fortsetzungszusammenhangs kein weiteres Spielfeld einzuräumen, zeigt gerade der hier zur Beurteilung stehende Fall. Würde sich nämlich herausstellen, daß der Angekl. um dieselbe Zeit auch noch mit anderen jungen Burschen seines Dorfes in gleicher Weise Unzucht getrieben hat — nach den Strafakten ist er für derartige Handlungen in seinem Dorfe bekannt, sogar unter den Schulkindern, außerdem steht er im bestimmten Verdacht, mit einem gewissen K. im Jahre 1933 Unzucht in der Form des § 175 a. F. StGB. getrieben zu haben —, so wäre es unter Umständen unmöglich, ihn auch deswegen strafrechtlich zu fassen, nämlich dann, wenn der Tatrichter zwischen den noch nicht abgeurteilten und den jetzt abgeurteilten Fällen Fortsetzungszusammenhang rechtlich annehmen könnte und tatsächlich annehmen würde; denn solchenfalls stünde der Aburteilung neuer Fälle das Verfahrenshindernis des Verbrauchs der Strafklage entgegen. Noch schwerer aber wiegt folgendes: Mit der Annahme nur einer Straftat hat sich

die StrK. rechtlich der Handhabe entäußert, die der neue Staat dem Richter zur wirksameren Bekämpfung des Verbrechertums gegeben hat, nämlich der Möglichkeit, den Angekl. in Sicherungsverwahrung zu nehmen. Daß die insgesamt neun in verhältnismäßig kurzem Zeitraum vom Angekl. verübten Unzuchtshandlungen (davon acht unter Gewaltanwendung) einem inneren Hange zur Begehung solcher Straftaten entsprungen seien, liegt jedenfalls nahe; wenn er sich dabei an vier verschiedenen Burschen seines Dorfes im Alter von nur 14 bis 16 Jahren in so roher und schwerer Weise, wie es das Urt. des näheren schildert, vergriffen hat, so läßt sich mit gutem Grunde auch die Frage stellen, ob er nicht eine schwere Gefahr für die Allgemeinheit bilde. Indessen erfordert die hier allein in Betracht kommende Vorschrift des § 20a Abs. 2 (i. Verb. m. § 42e) zu ihrer Anwendung, daß mindestens drei — selbständige — Taten begangen sind, und gerade diese Voraussetzung hat die StrK. durch die rechtsirrige Annahme nur einer einzigen Straftat ausgeschaltet. In ähnlicher Weise setzt übrigens auch der § 42k Abs. 1 Nr. 2 StGB. bei den in Nr. 1 dortselbst aufgeführten Straftaten zur Anordnung der Entmannung voraus, daß der Täter „mindestens zwei derartige Taten" begangen hat.

(4. Sen. v. 13. Okt. 1936; 4 D 736/36.)

*

28. § 175a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Zum Begriff der Gewalt wird nicht notwendig erfordert, daß ein tatsächlich geleisteter Widerstand, der von dem Vergewaltigten dem Täter entgegengesetzt wird, überwältigt und gebrochen wird. Es genügt vielmehr, daß ein beabsichtigter oder selbst ein vom Täter nur als bevorstehend vermuteter Widerstand mittels zuvorkommender Gewaltausübung von vornherein unmöglich gemacht und verhindert wird, sofern sich nur die Kraftanstrengung des Täters gegen eine Person richtet und von dem Angegriffenen als körperlicher Zwang empfunden wird (RGSt. 46, 403, 404).

(2. Sen. v. 12. Okt. 1936; 2 D 675/36.)

*

29. § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Die Erwägung, daß Sittlichkeitsverbrechen an Kindern im Interesse der Entwicklung einer reinen und gesunden Jugend schwer geahndet werden müssen, hat den Gesetzgeber dazu bestimmt, den Straftatbestand des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. zu schaffen; sie kann daher im Einzelfalle kein besonderer Grund dafür sein, die Strafe zu erhöhen oder mildernde Umstände allgemein zu versagen (vgl. RGSt. 57, 379; 59, 423, 426; 70, 220, 223 = JW. 1936, 2234[32] [m. Anm.]; ferner RGUrteile 1 D 975/29 v. 5. Nov. 1929 und 1 D 1137/29 v. 26. Nov. 1929: JW. 1931, 3376[45/16]).

(4. Sen. v. 2. Okt. 1936; 4 D 719/36.)

*

30. § 181a StGB.; §§ 1360, 1363 BGB. Durch keine aus dem Familienverhältnis (Unterhaltsanspruch) oder aus dem ehelichen Güterrecht (Nutznießung am eingebrachten Gut) abzuleitende Rechtsfolge läßt es sich gegenüber § 181a StGB. rechtfertigen, die Erträgnisse aus einer noch fortdauernden gewerbsmäßigen Unzucht der Ehefrau unmittelbar oder mittelbar zum Lebensunterhalt des Ehemannes zu benutzen.

Anna Sch. hat in der Zeit vor und nach ihrer Verheiratung mit dem Angekl. diesem den Gebrauch einer vollständigen Schlafzimmereinrichtung samt Betten und Wäsche sowie der Motorräder, später des Kraftwagens überlassen, auch mindestens für einen ganzen Monat die Miete für die Wohnung der Eheleute Sch. aufgebracht, und der Angekl. hat, statt die Sch. wenigstens nach Möglichkeit von ihrem ehewidrigen und schimpflichen Gewerbe abzuhalten, alle diese Leistungen entgegengenommen, in Kenntnis, daß die Mittel zur Anschaffung der genannten Gegenstände und zur allmählichen Abzahlung ihres Kaufpreises sowie zur Entrichtung der Miete durch die gewerbsmäßige Unzucht der Sch. erworben worden waren und noch fortgesetzt weiter erworben wurden. Damit ist der äußere und innere Tatbestand der Zuhälterei in der ausbeuterischen Form nach Maßgabe des § 181a StGB. genügend dargetan.

Völlig zutreffend sind auch die Ausführungen des LG. darüber, daß der Angekl. sich nicht zu seinem Schutze auf einen ihm angeblich zustehenden Unterhaltsanspruch berufen könne, weil er in Wirklichkeit weder vor noch nach der Eheschließung einen Unterhaltsanspruch gegen seine Frau hatte, am allerwenigsten aber beanspruchen konnte, mit Mitteln unterhalten zu werden, die durch gewerbsmäßige Unzucht der Ehefrau erworben wurden (RGUrt. v. 28. Febr. 1924, 2 D 176/24 und v. 21. Dez. 1934, 1 D 1322/34: JW. 1935, 938[21]).

Endlich kann es für den Schuldspruch auch nicht darauf ankommen, ob der Angekl. mit seiner Ehefrau im gesetzlichen Güterstande lebte und demgemäß seit der Eheschließung die Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes der Ehefrau hatte. Richtig ist allerdings, daß eine Ehefrau nicht beanspruchen kann, den Ertrag der ehewidrigen und unsittlichen gewerbsmäßigen Unzucht als Vorbehaltsgut belassen zu erhalten; auf einen solchen Erwerb ist also der § 1367 BGB. nicht anwendbar; vielmehr wird ein solcher Erwerb nach den allgemeinen Vorschriften (§ 1363 BGB.) eingebrachtes Gut. Wenn also der Angekl. daran gedacht haben sollte, daß ihm seit seiner Heirat an den von der Ehefrau zu seiner Benutzung oder für den Haushalt angeschafften Sachen die ehemännliche Verwaltung und Nutznießung zustehe, so wäre diese Ansicht zutreffend gewesen, und darin läge überhaupt kein Irrtum. Das alles würde aber daran nichts ändern, daß es auch für einen Ehemann verboten und nach § 181a StGB. strafbar ist, zu seinem Lebensunterhalt fortlaufend Nutzungen eines Vermögens zu verwenden, das von der Ehefrau aus noch immer fortdauernder gewerbsmäßiger Unzucht erworben worden ist und erworben wird (vgl. über die Verwendung solchen Vermögens schon RGSt. 57, 58, 60). Durch keine aus dem Familienverhältnis oder aus dem ehelichen Güterrecht abzuleitende Rechtsfolge läßt es sich gegenüber der Vorschr. des § 181a StGB. rechtfertigen, die Erträgnisse aus einer noch fortdauernden gewerbsmäßigen Unzucht der Ehefrau unmittelbar oder mittelbar zum Lebensunterhalt des Ehemannes zu benutzen. Sollte sich der Angekl. hierüber geirrt haben, so wäre dies ein Irrtum über den Inhalt des Strafgesetzes (§ 181a StGB.), der nach der ständigen Rspr. für die Schuldfrage unwesentlich ist.

Dagegen kann ein solcher Rechtsirrtum für das Strafmaß von erheblicher Bedeutung sein (vgl. RGSt. 70, 292/293 = JW. 1936, 2714[14]). Auch im vorl. Fall könnte das namentlich deshalb der Fall sein, weil der Angekl. die gewerbliche Benutzung des Kraftwagens erst nach der Eheschließung begonnen hat.

(1. Sen. v. 23. Okt. 1936; 1 D 773/36.)

*

31. §§ 185, 186, 193 StGB. Beleidigung und Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Das LG. läßt es dahingestellt, ob die von dem Angekl. behaupteten Tatsachen der Wahrheit entsprechen oder nicht. Für den Fall, daß ihre Wahrheit nicht erweislich sein sollte, billigt es dem Angekl. den Schutz des § 193 StGB. zu und bestraft ihn lediglich deshalb, weil die Absicht der Beleidigung aus der Form seiner Äußerungen hervorgehe.

In dieser summarischen Weise durfte das LG. nicht verfahren. Zunächst läßt es jede Ausführung darüber vermissen, welche rechtlichen Folgerungen sich ergeben würden, wenn die Behauptungen wahr wären; vor allem aber verkennt es, daß § 193 StGB. nur anwendbar ist, wenn feststeht, daß eine Beleidigung vorliegt. Vielleicht wäre das LG. auf dem Wege über § 192 StGB. ebenfalls zu einer Bestrafung des Angekl. gekommen, wenn es dessen Behauptungen für wahr erachtet hätte. Auch diese Gleichheit des Ergebnisses würde es aber dem RevG. nicht möglich machen, die Entsch. des LG aufrechtzuerhalten.

Die §§ 192 und 193 StGB. gehen von ganz verschiedenen Voraussetzungen aus, und es macht einen Unterschied, ob die Absicht der Beleidigung im Zusammenhange mit der Aufstellung nachgewiesenermaßen wahrer oder im Zusammenhange mit der Aufstellung nicht erweislich wahrer oder erweislich unwahrer Behauptungen kundgegeben wird. Sowohl der Angekl. als auch der Verletzte hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, ob schon die Aufstellung einer Behauptung eine Beleidigung enthält oder nicht. Vor allem aber hat im Rahmen des § 193 StGB. die Bestrafung nicht schlechthin aus § 185 StGB. zu erfolgen, wenn die Absicht der Beleidigung aus der Form, in welcher die nicht erweislich wahre Behauptung gemacht wurde, hervorgeht. In diesem Falle bleibt die beleidigende Äußerung ganz so, als wenn sie nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht worden wäre, rechtswidrig, und es richtet sich ihre rechtliche Beurteilung ohne Rücksicht auf jene Zweckbestimmung ausschließlich nach ihrem Inhalt (RGUrt. v. 1. Juni 1923, 4 D 662/22; v. 21. Dez. 1925, 3 D 490/25: DJZ. 1926, 899). Sowenig wie sonst der gemachte Fehler gebilligt worden ist, daß der Tatrichter die Anwendbarkeit des § 186 StGB. dahingestellt sein läßt, weil jedenfalls die Voraussetzungen des § 185 StGB. vorlägen (RGSt. 64, 10, 11), sowenig kann hier über den Fehler des LG. hinweggesehen werden.

Auch besteht Veranlassung, auf die Rspr. des RG. über die leichtfertige Aufstellung ehrverletzender Behauptungen hinzuweisen und darauf aufmerksam zu machen, daß der Tatrichter, wenn er im Rahmen des § 193 StGB. die Beleidigung wegen der gebrauchten Form für strafbar hält, wenigstens im allgemeinen Ausführungen darüber machen muß, in welcher Weise sich der Täter hätte ausdrücken sollen und ausdrücken können (vgl. RGSt. 63, 92 und 202; 66, 1; RGUrt. v. 1. April 1936, 5/6 D 222/36 und v. 4. Mai 1936, 2 D 96/36: JW. 1936, 2099 [33] und 2319 [14]; ferner RGSt. 44, 111, 114 und RGUrt. v. 14. Nov. 1930, 1 D 932/30.)

(1. Sen. v. 18. Sept. 1936; 1 D 229/36.)

*

32. § 211 StGB. Zum Tatbestandsmerkmal „Überlegung".

Der Umstand, daß der Entschluß zur Tat plötzlich gefaßt und schon nach wenigen Stunden ausgeführt wird, schließt, wie der erk. Sen. schon in seinem Urt. v. 11. Aug. 1936, 1 D 606/36 ausgesprochen hat, ein überlegtes Handeln nicht aus, ebensowenig daß das Handeln des Täters in der einen oder anderen Richtung nicht ganz zweckmäßig gewesen ist; denn jeder Mensch kann auch schon bei ruhigem Planen und Handeln Fehler machen; auch das hat der Senat schon wiederholt ausgesprochen (vgl. 1 D 352/36 v. 9. Juni 1936: JW. 1936, 2556 [34]).

(1. Sen. v. 18. Sept. 1936; 1 D 727/36.)

*

33. § 222 StGB. Sorgfaltspflicht des Kraftfahrers. Der Kraftfahrer muß mit verkehrswidrigem Verhalten von alten und gebrechlichen Leuten oder Kindern rechnen.

Mitwirkendes Verschulden ist im Strafrecht für die Entscheidung der Schuldfrage ohne Bedeutung. Die Schuld des Angekl. entfällt also nicht deshalb, weil der Getötete selbst unvorsichtig gehandelt und dadurch seinen Tod mitverschuldet hat. Auch ein größeres Maß von Schuld des Getöteten könnte den Angekl. nicht von Schuld befreien. Nur dann, wenn die Feststellung begründet wäre, daß dem Getöteten allein die Schuld an dem Unfall zur Last falle, könnte von einem Verschulden des Angekl. nicht mehr die Rede sein. Das Urteil spricht aber aus, daß der Getötete nur zu einem Teil die Schuld an dem Unfall selbst trägt. Schuldhaft handelte er deshalb, weil er die Fahrbahn schräg überquerte und mit dem Überqueren der Fahrbahn nicht innehielt, um den Kraftwagen des Angekl. vorbeizulassen, obwohl er diesen schon von weitem hätte sehen können. Wenn darüber hinaus die Rev. darzutun versucht, daß überhaupt nur den Getöteten und nicht auch den Angekl. eine Schuld an dem Unfall treffe, so kann sie damit bei dem RevG. angesichts der tatsächlichen Feststellungen des Urteils nicht durchdringen. Bei dem Hinweis der Rev. auf den Grundgedanken der RStraßVerkO., die Motorisierung des Verkehrs zu fördern, sowie auf die erhöhten Anforderungen, die an den Fußgänger im Straßenverkehr der Großstadt zu stellen seien, kann daneben die Sicherheit des Menschenlebens auf der Straße nicht unberücksichtigt bleiben (vgl. dazu RGSt. 65, 135/139 und RGEntsch. 6 D 285/35 v. 25. Sept. 1935: JW. 1935, 3397 [33]). Gewiß dürfen die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Kraftfahrers, der durch unverständiges, unbesonnenes und unvorsichtiges Verhalten anderer Wegebenutzer auch ganz unvorhergesehen behindert werden kann, nicht überspannt werden. Wenn nach der gewöhnlichen Lebenserfahrung keine Gefährdung zu erwarten steht, kann der Kraftfahrer daher nicht verpflichtet sein, mit einer solchen nicht vorauszusehenden Behinderung durch unvorschriftsmäßiges Verhalten anderer zu rechnen (vgl. RGEntsch. 6 D 104/35 v. 16. Sept. 1935: JW. 1935, 3311 [22]). Anders ist es jedoch dann, wenn alte und gebrechliche Leute oder Kinder als Wegebenutzer in der Fahrtrichtung auf der Fahrstraße sind. Mit Verkehrswidrigkeiten solcher muß er rechnen. Deshalb ist er verpflichtet, in seiner Fahrgeschwindigkeit dem Rechnung zu tragen, sobald ein derartiger unzuverlässiger oder ersichtlich in der Bewegungsfähigkeit behinderter oder in seinem Verhalten unsicher gewordener Wegebenutzer auf der Fahrstraße in kurzer Entfernung vor ihm ist (vgl. RGEntsch. 2 D 582/35 v. 5. Sept. 1935: JW. 1935, 2970 [39]; siehe auch RGEntsch. 1 D 453/35 v. 20. Aug. 1935: JW. 1935, 3110 [21]). Im Verkehr der Großstadt sind erfahrungsgemäß solche Wegebenutzer auch zur Nachtzeit anzutreffen.

(4. Sen. v. 15. Sept. 1936; 4 D 559/36.)

*

34. §§ 222, 232, 195 StGB. Das selbständige Recht des Ehemannes, auf Anschluß an die öffentliche Klage anzutragen, erlischt auch nicht mit dem Tode der Ehefrau. †)

Der Angekl. stieß am 1. März 1936 als Fahrer eines Motorrades mit der Ehefrau des Antragstellers zusammen. Diese wurde zu Boden geschleudert und starb an den erlittenen Verletzungen. Der Antragsteller ist zum Anschluß an die öffentliche Klage berechtigt, die auf Grund dieses Vorganges gegen den Angekl. wegen fahrlässiger Tötung i. S. des § 222 Abs. 1 StGB. und wegen einer straßenverkehrspolizeilichen Übertretung erhoben worden ist. Das Anschlußrecht ergibt sich aus den §§ 395, 374 StPO. i. Verb. m. den §§ 195, 232 Abs. 3 StGB.

Der Strafantrag ist von dem Ehemanne rechtzeitig gestellt worden. Die Anklage lautet zwar auf fahrlässige Tötung; der Sachverhalt schließt aber die rechtliche Möglichkeit in sich, daß das Gericht statt dieser fahrlässige Körperverletzung annimmt. Das genügt zur Anschlußberechtigung als Nebenkläger (RGSt. 59, 100, 103).

Es sind auch keine Bedenken gegen den Anschluß daraus herzuleiten, daß die verletzte Ehefrau schon gestorben ist. Das RG. hat in ständiger Rspr. angenommen, daß dem Ehemanne in § 195 StGB. ein selbständiges Recht zur Stellung des Strafantrags gegeben ist (RGSt. 1, 29). An dieser Rechtsauffassung hat das RG. in mehreren, erst kürzlich ergangenen Entsch. festgehalten (RGSt. 70, 94, 97 = JW. 1936, 930 [19]; RGSt. 70, 173, 176 = JW. 1936, 1673 [11]). Der im Schrifttum vertretenen anderen Auffassung kann nicht gefolgt werden. Dieser, vom erk. Sen. abgelehnten Auffassung kann auch die Rspr. des RG. zu § 65 StGB. nicht zur Stütze dienen, nach der der gesetzliche Vertreter nach dem Tode des Verletzten keinen Strafantrag mehr stellen kann (RGSt. 57, 240). Diese Rspr. beruht auf dem Gedanken, daß die gesetzliche Vertretung nach dem Tode des Vertretenen erlischt. Dieser Gedanken steht dem selbständigen Antragsrecht des Ehemannes aus § 195 StGB. nicht entgegen.

(1. Sen. v. 26. Sept. 1936; 1 D 745/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist im Ergebnis in vollem Umfange zuzustimmen. — § 395 StPO. bietet im geltenden Recht für die Zulassung der Nebenklage eine Schwierigkeit, weil der

Nebenkläger zur Erhebung der Privatklage berechtigt sein muß. Tötungsdelikte können also keinen Anlaß zur Erhebung der Nebenklage geben. Nun hat sich die Rspr. geholfen, indem sie die Nebenklage auch dann zuläßt, wenn das nicht zur Nebenklage geeignete Delikt zu einem durch Privatklage verfolgbaren Delikt in Tateinheit oder Gesetzeseinheit steht. Obschon also eine mit jeder fahrlässigen Tötung zusammentreffende „fahrlässige Körperverletzung" im materiellen Rechte hinter der Tötung kraft Gesetzeseinheit vollkommen zurücktritt, ist sie vom RG. als geeignete Grundlage für die Zulassung der Nebenklage anerkannt (vgl. auch RGSt. 43, 262; 54, 306; 59, 103). Das widerspricht dem neuen Täterstrafrecht, weil es bei ihm nicht auf die denkbare Vielzahl von Tatbestandsverwirklichungen ankommt, sondern auf den einen im Einzelfall anwendbaren und die Täterperson charakterisierenden Typ. Die „Körperverletzung" als Durchgangsstadium beim Tötungsdelikt gehört nicht in den typischen Bereich der Körperverletzungsdelikte. Aber das Ergebnis des RG. ist zu billigen. Im Sinne des heutigen Rechtsdenkens wäre es aber m. E. eher als aus der Gesetzeseinheit zur Körperverletzung mit einer Analogie zu § 395 StPO. in dem Sinne zu begründen, daß § 395 über seinen ursprünglichen Anwendungsbereich auf Fälle ausgedehnt wird, in denen das gleiche Interesse des Verletzten am Beitritt anzuerkennen ist wie bei den ihnen verwandten Fällen der Privatklage in § 374 StPO. Im Ergebnis ist also der Stellungnahme des RG. beizutreten.

Zu billigen ist ferner, daß das RG. dem Ehemann gestattet, nach dem Tode seiner Ehefrau die Nebenklage zu erheben. Eine Gleichstellung dieses Falles mit dem des gesetzlichen Vertreters ist mit Recht abgelehnt worden. Während der gesetzliche Vertreter seine Rechtsstellung mit dem Tode des Vertretenen verliert, wird die Befugnis des Ehemannes zur Erhebung der Nebenklage durch den Tod der Ehefrau nicht berührt. Denn er macht sein Recht als Haupt der Familie und Beschützer der Frau geltend. Diese Stellung in der Familiengemeinschaft wird durch den Tod der Ehefrau zwar verändert, aber nicht beseitigt. Sie wirkt über den Tod hinaus fort, wie die Familiengemeinschaft selbst. Genau so, wie der Ehemann nach der ständigen Rspr. des RG. kraft eigenen Rechtes nach dem Tode der Ehefrau einen Strafantrag wegen einer der Ehefrau zu ihren Lebzeiten zugefügten Beleidigung stellen kann, kann er auch aus eigenem Rechte die Nebenklage wegen einer der Frau zugefügten Körperverletzung erheben.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

*

35. §§ 223, 230 StGB. Eine auf pflichtwidriger Unterlassung beruhende Steigerung oder Aufrechterhaltung der Schmerzen des Verletzten kann als eine dem Arzt zur Last fallende Körperverletzung beurteilt werden.

Das LG. hat der von ihm festgestellten Tatsache keine rechtliche Beachtung geschenkt, daß der wegen fahrlässiger Körperverletzung angekl. Arzt den verletzten S. die Nacht hindurch in seinen bis zur Unerträglichkeit gesteigerten Schmerzen habe liegen lassen. Er hat von den Schmerzen des Verletzten nach den Feststellungen des LG. etwa gegen 23 Uhr abends erfahren und hat sich erst am nächsten Morgen zu ihm begeben und den Gipsverband geöffnet. An zwei Stellen des Urteils führt das LG. aus, daß hierauf eine Besserung in dem Befinden des Kranken eingetreten sei. Das LG. hätte prüfen sollen, ob der Angekl. diesen Erfolg nicht schon früher hätte herbeiführen können und als behandelnder Arzt hätte herbeiführen müssen. Daß eine auf pflichtwidrige Unterlassung beruhende Steigerung oder Aufrechterhaltung der Schmerzen als solche schon eine Körperverletzung i. S. der §§ 223, 230 StGB. sein kann, bedarf keiner weiteren Erörterung. Doch wird das LG. für den vorl. Fall noch besonders zu prüfen haben, ob der Angekl. nach den Regeln der ärztlichen Kunst die Beseitigung oder wenigstens die Linderung der Schmerzen von der Wirkung der von ihm verabreichten oder verordneten schmerzstillenden Mittel erwarten durfte.

(1. Sen. v. 29. Sept. 1936; 1 D 508/36.)

36. § 223b StGB. Die böswillige Vernachlässigung der Fürsorgepflicht erfordert eine bewußte Auflehnung gegen die an sich erkannte Pflicht aus schlechter Gesinnung heraus, aus einem verwerflichen Beweggrunde, z. B. aus Haß, Neid, sadistischer Neigung (RG.: JW. 1936, 882[26]).

(2. Sen. v. 8. Okt. 1936; 2 D 619/36.)

*

37. § 230 Abs. 2 StGB. Sorgfaltspflicht des Kraftfahrers. Wenn ein Bäckermeister ein Kraftrad zur Beförderung der in seiner Bäckerei hergestellten Backwaren zu seinen Kunden zu benutzen pflegt, dann gehört das Fahren des Kraftrades zum wesentlichen Bestandteil seines Berufs. Der Fahrer untersteht dann der verschärften Vorschrift in § 222 Abs. 2, § 230 Abs. 2 StGB. bei allen Fahrten, zu welchen er das Kraftrad überhaupt benützt. †)

1. Der Kraftfahrer muß nicht jedes „unvorhersehbare plötzlich auftretende Ereignis" bei seinem Handeln „in Rechnung stellen", sondern nur solche Ereignisse, mit denen zu rechnen er nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei verständiger Überlegung aller gegebenen Umstände triftige Veranlassung hatte (vgl. RGSt. 70, 71 = JW. 1936, 452[16]). Zu solchen wird allerdings in der Regel auch die Tatsache zu rechnen sein, daß ein Kraftwagen, der an einer Straßenecke angehalten hat, um einen Fahrgast aussteigen zu lassen, alsbald wieder anfahren und nach links abbiegen kann.

2. Gegen die Annahme, daß der Angekl. sich der berufsfahrlässigen Körperverletzung schuldig gemacht hat, würden dann keine Bedenken bestehen, wenn der Angekl. das Kraftrad zu beruflichen Zwecken, insbes. auch zur Beförderung der in seiner Bäckerei hergestellten Backwaren zu seinen Kunden zu benutzen pflegte. Denn bei einem solchen Sachverhalt ist das Fahren des Kraftrades zum wesentlichen Bestandteil seines Berufs bzw. Gewerbes, das nicht allein die Herstellung der Backwaren, sondern auch ihre Zusendung an die Kunden umfaßt, geworden. Er untersteht dann der verschärften Vorschr. der §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. bei allen Fahrten, zu welchen er das Kraftrad überhaupt benützt (vgl. RGSt. 70, 215). Schon aus diesem Grunde ist es unter solchen Umständen rechtlich belanglos, ob der Unfall bei der Beförderung der Backwaren selbst oder bei einem anderen Anlaß geschehen ist. Dagegen würde eine nur gelegentliche Benutzung des Kraftrades zu geschäftlichen Zwecken zur Verurteilung wegen berufsfahrlässiger Körperverletzung nicht ausreichen. Da die Urteilsgründe lediglich die Feststellung enthalten, daß der Angekl. das Motorrad „auch geschäftlich" gefahren habe, besteht die Möglichkeit, daß die StrK. die Voraussetzungen des § 230 Abs. 2 StGB. verkannt hat.

(2. Sen. v. 5. Okt. 1936; 2 D 613/36.)

Anmerkung: 1. Der vom 2. Sen. aus dem Urteil: JW. 1936, 452[16] wiederholte Rechtsgrundsatz über die Voraussehbarkeit erweckt Bedenken. Dies vor allem deswegen, weil er jede Unterscheidung zwischen Verkehrsereignissen, welche auf Verkehrswidrigkeiten anderer zurückzuführen sind, und solchen Verkehrsereignissen, bei welchen das nicht der Fall ist, vermissen läßt.

Fahren im lebhaften Großstadtverkehr mehrere Kraftfahrzeuge hintereinander, so besteht „triftige Veranlassung", damit zu rechnen, daß das eine oder andere Kraftfahrzeug aus irgendeinem Grunde plötzlich bremsen muß, ohne daß bei irgendwem eine Verkehrswidrigkeit vorliegt. Für solche gewissermaßen „neutrale" Verkehrsereignisse läßt sich der Rechtsgrundsatz des 2. Sen. verwenden. Hier kann darauf abgestellt werden, ob die gegebenen Umstände Anlaß geben, das plötzlich eintretende Ereignis vorauszusehen. Hier wird insbes. die Kenntnis des typischen Verkehrsablaufs den erfahrenen Verkehrsteilnehmer weitgehend vor Überraschungen bewahren.

Anders steht es, wenn Verkehrswidrigkeiten anderer im Spiele sind. Ich habe bereits in JW. 1936, 452[16] darauf hin-

gewiesen, daß der vom 2. Sen. entwickelte Rechtsgrundsatz die vom 4. Sen. und vom größten Teil der sonstigen Rechtsprechung herausgearbeitete Klarheit vermissen läßt. Untersucht man die Frage, in welchem Maße fremde Verkehrswidrigkeiten zu berücksichtigen sind, und in welchem Umfange der Verkehrsteilnehmer umgekehrt auf das verkehrsmäßige Verhalten der anderen vertrauen darf, so kommt man nicht weiter, wenn man die Entsch. immer nur auf den einzelnen Fall abstellt, ohne klare grundsätzliche Grenzen zu ziehen. Ich habe in meinem Erläuterungsbuch zur RStraßVerkO. S. 183 ff. und in meinem Aufsatz: JW. 1936, 423 ff. ausgeführt, es sei mit dem Wesen der Volks- und Verkehrsgemeinschaft nicht mehr vereinbar, zu verlangen, daß der Verkehrsteilnehmer grundsätzlich stets mit Gemeinschaftswidrigkeiten (Verkehrswidrigkeiten) anderer Volks- und Verkehrsgenossen rechnen müsse. Im Gegensatz zum gemeinschaftsfeindlichen Liberalismus darf nicht mehr das Mißtrauen gegen andere herrschen, sondern die Volksgemeinschaft verwirklicht sich gerade nur in dem Maße, in welchem alle ihre Glieder mit rückhaltlosem Vertrauen zueinander erfüllt werden. Deshalb muß die Verkehrsgemeinschaft unseres Volkes auch im Gegensatz zu früher vom Vertrauen darauf erfüllt sein, daß alle ihre Glieder bei ihrer Teilnahme am Verkehr die Verkehrsvorschriften befolgen oder, anders ausgedrückt, verkehrsmäßig handeln. Weil die Verkehrsgemeinschaft nur entstehen kann, wenn die Teilnehmer am Straßenverkehr strengste Verkehrszucht üben, darf nicht mehr gefragt werden, welche Verkehrswidrigkeiten vorkommen und wegen ihres Vorkommens Berücksichtigung verdienen, sondern die Frage muß lauten: „Ist der Teilnehmer an der Verkehrsgemeinschaft grundsätzlich verpflichtet, sein Verhalten von vornherein auf fremde Verkehrswidrigkeiten einzustellen?" Diese Frage aber ist unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsgemeinschaft und der allgemeinen Pflicht zum verkehrsmäßigen Verhalten zu verneinen.

Nur weil auch die Verkehrsgemeinschaft aus irrenden Menschen besteht, und deshalb Verkehrswidrigkeiten nicht völlig auszumerzen sind, muß das Vertrauen auf das verkehrsmäßige Verhalten der anderen seine Grenze dort finden, wo Verkehrswidrigkeiten erkennbar werden. Außerdem ist dabei noch zu berücksichtigen, daß von kleinen Kindern und anderen erkennbar verkehrsuntauglichen Verkehrsteilnehmern ein verkehrsmäßiges Verhalten überhaupt nicht ohne weiteres erwartet werden kann.

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich auf meinen Aufsatz: JW. 1936, 423 ff.

Die Rspr. hat sich im allgemeinen auf den von mir vertretenen Standpunkt gestellt. So hebt OLG. Dresden in seinem Urt. v. 27. März 1936: JW. 1936, 3492 [82] hervor, nach der einhelligen Rspr. des RG. und der OLG. sei es mit der durch die RStraßVerkO. geschaffenen Rechtslage nicht mehr vereinbar, zu fordern, daß der Verkehrsteilnehmer auch ohne besondere Anhaltspunkte mit verkehrswidrigem Verhalten anderer rechnen müsse. Leider macht der 2. StrSen. des RG. gegenüber dieser h. M. auch im besprochenen Urteil noch eine Ausnahme. Er bleibt damit bedauerlicherweise hinter der sonst so erfreulichen Entwicklung der Rspr. immer noch etwas zurück. Er scheut immer noch das grundsätzlich klare Bekenntnis zur Notwendigkeit der Vertrauensgemeinschaft und hilft sich mit einer Zwischenlösung, welche auf die tägliche Lebenserfahrung abstellt. Am Ende seines Urteils: JW. 1936, 452 [16], tritt allerdings schon etwas stärker die Erkenntnis hervor, daß man nicht mehr allgemein verlangen kann, mit Sorglosigkeiten und Unachtsamkeiten zu rechnen, so daß man nach wie vor der Hoffnung Ausdruck geben darf, auch der 2. Senat werde schließlich doch noch den Anschluß an die Entwicklung der Rspr. i. S. des Verkehrsgemeinschaftsgedankens finden.

2. Die Ausführungen zur sog. **Berufsfahrerfrage** entsprechen der herrschenden Rspr. und bringen nichts Besonderes. Das RG. hat bisher allen jahrelangen und mit besten Gegengründen geführten Angriffen auf seine Rspr. in dieser Frage standgehalten.

Trotzdem muß erneut darauf hingewiesen werden, daß die Begriffsbestimmung des „Berufsfahrers" durch das RG. nicht dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes entspricht, sondern in künstlicher Konstruktion übermäßig ausgeweitet worden ist. Dem natürlichen Volksempfinden entspricht es, als Berufskraftfahrer nur den anzusehen, der das Kraftfahren als solches zu seinem Beruf erwählt hat, nicht aber, wer zur Förderung seines sonstigen Berufes kraftfährt (vgl. **Gülde**, RStraßVerkO., S. 254 Anm. 11 und die dort angeführte Rechtslehre und Rspr.). Zutreffend weist neuerdings **Strobel**: DAutoR. 1936, 69 auf die mehr als komische Folgerung hin, welche sich logisch zwingend aus der Berufsfahrerlehre des RG. für den Straßenkehrer ergibt. Er ist „Berufsfußgänger" (vgl. auch **Loebell**: JW. 1936, 2771 ff.). Ähnlich steht es mit der radfahrenden Hebamme, welche zur „Berufsradfahrerin" wird, wenn sie zur Förderung ihres Berufes radfährt. Auch auf die Unvereinbarkeit des reichsgerichtlichen Standpunktes mit den neuen Leitgedanken der RStraßVerkO. macht **Strobel** a. a. O. mit durchaus überzeugenden Gründen aufmerksam.

Der Vollständigkeit halber sei schließlich auf die Bedenken hingewiesen, welche **Liebers**: DAutoR. 1935, 171 gegen die herrschende Lehre geltend macht. Eine brauchbare Übersicht über diese herrschende Lehre bringt VerkRdsch. 1936, 469. Leider kann die Hoffnung auf das Verschwinden des bisherigen „Berufsfahrers" nur noch an die im Werk befindliche Neugestaltung des deutschen StGB. geknüpft werden.

RA. Dr. **Gülde**, Dresden.

*

38. § 252 StGB.; § 15 PrFeldFPolG. **Unter Diebstahl i. S. des § 252 StGB. ist auch die Entwendung von Feldfrüchten zu verstehen.**

§ 252 StGB. ist ein raubähnliches Sonderdelikt. Die Meinung, dieser Paragraph enthalte nur einen straferhöhenden Umstand (so RGSt. 60, 380, 381), ist vom 1. Sen. selbst wieder aufgegeben worden (RGSt. 66, 353, 355). Die Entwendungen nach § 15 PrFeldFPolG. v. 21. Jan. 1926 erfüllen ihrer Natur nach alle Tatbestandsmerkmale des Diebstahls nach der äußeren und inneren Tatseite. Aus dem Umstand, daß sie, falls der Wert des Entwendeten oder der angerichtete Schaden 10 RM nicht übersteigt, wegen der Geringfügigkeit ihres Gegenstandes und wegen der Besonderheit ihrer Verübung einer milderen Strafe unterworfen werden, läßt sich nicht folgern, daß auf diese Diebstähle § 252 StGB. keine Anwendung finden solle. Denn die besondere Gefährlichkeit des Täters, die in seinem Verhalten zum Ausdruck kommt, wird nicht dadurch gemindert, daß das Entwendete gering ist (RGSt. 13, 391, 393; 66, 354). Unter einem Diebstahl i. S. des § 252 StGB. ist daher auch die Entwendung von Feldfrüchten zu verstehen.

(4. Sen. v. 16. Okt. 1936; 4 D 756/36.)

*

39. §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2 StGB. **Die neuere Rspr. des RG. zur Frage der Schädigung des Volkswohls begnügt sich nicht mit Erwägungen allgemeiner Art über eine solche Schädigung, sondern legt entscheidenden Wert auf den Nachweis, daß der Betrug (die Untreue) das Wohl des Volkes auch wirklich geschädigt hat, oder daß eine solche Schädigung wenigstens mit einer gewissen Sicherheit eintreten wird (vgl. JW. 1935, 2964 [28] = RGSt. 69, 241 und Urt. v. 9. Sept. 1935, 6 D 38/35 und v. 4. Dez. 1935, 6 D 372/35, ferner v. 5. Sept. 1935, 5 D 556/35). Die Vorschrift des § 263 Abs. 4 StGB. enthält nur eine für die Strafzumessung maßgebende Regel; ein bloßer Strafzumessungsgrund ist aber in der Urteilsformel nicht zu erwähnen (vgl. JW. 1935, 1937 [7] = RGSt. 68, 168/69 und das Urt. v. 8. Jan. 1936, 6 D 513/35).**

(5. Sen. v. 8. Okt. 1936; 5 D 469/36.)

*

**40. § 348 Abs. 2 StGB. Ein dem ordentlichen Postverkehr zur Beförderung übergebener „Fangbrief" ist auch dann eine Urkunde i. S. des § 348 Abs. 2 StGB., wenn er mit einer erdachten Anschrift versehen ist. — Wird durch örtliche Entfernung die tatsächliche Ausübung der amtlichen Verfügungsgewalt an einer Urkunde verhindert oder erschwert, so kann hierin bereits ein Beiseiteschaffen liegen.†)

Das LG. hat in dem fraglichen Fangbrief ohne Rechtsirrtum eine Urkunde i. S. des § 348 Abs. 2 StGB. gefunden. Er war regelrecht in B. der Post als Eilbrief zur Beförderung nach F. an die in der Anschrift angegebene, in Wahrheit allerdings nicht vorhandene Empfängerin übergeben, regelrecht mit dem Aufgabestempel des Postamts B. versehen und zur weiteren postalischen Behandlung der Bahnpost Hannover-Berlin zugeführt, bei der der Angekl. u. a. die Sendungen wie jenen Brief auf die Zustellungspostämter zu verteilen hatte. Der Poststempel in Verbindung mit der Anschrift war geeignet und bestimmt, im Rechtsleben die rechtlich erhebliche Tatsache zu beweisen, daß dieser Eilbrief zu einer bestimmten Zeit auf einem bestimmten Postamt zur Beförderung nach F. der Post übergeben und von ihr in Lauf gesetzt worden und von den Postbeamten, insbes. den Bahnpostbeamten, dementsprechend zu behandeln war; der Brief war also Träger eines bestimmten Erklärungsinhalts und stellte nach der Rspr. des RG.: RGSt. 50, 213, Urt. v. 12. Jan. 1926, 1 D 630/25, v. 8. Okt. 1926, 2 D 804/26, v. 27. Jan. 1930, 3 D 1131/29, eine Urkunde i. S. des § 348 Abs. 2 StGB. dar. Dem stand nicht entgegen, daß es die auf ihm angegebene Empfängerin nicht gab und der Beförderungsauftrag — wie von vornherein feststand — nicht zu Ende geführt werden konnte und sollte (vgl. das letztgenannte, einen Fangbrief betreffende Urt.). Dem Urt. RGSt. 69, 271 = JW. 1935, 3392[26], in dem die Urkundeneigenschaft eines Fangbriefes verneint wird, lag schon insofern ein anderer Sachverhalt zugrunde, als dort der Fangbrief nicht — insbes. auch nicht an dem Ort und zu der Zeit, auf die der Stempel hinzuweisen schien — im regelmäßigen Postbetriebe der Post zur Beförderung übergeben und von ihr in den Postverkehr gebracht, sondern — mit einem nachgemachten, nicht zum Beweis bestimmten und geeigneten Stempel versehen — nur dem Täter unmittelbar unter Aufsicht in die Hände gespielt worden war. Ob für einen solchen Sonderfall jenem Urt. beizutreten sei, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Das LG. hat den Angekl. aus § 348 Abs. 2 StGB. verurteilt, weil er den Brief durch Zerreißen und Wegwerfen vernichtet hat, nachdem er ihn im Eisenbahnpostwagen zu sich gesteckt, im Abort geöffnet und seines Geldinhaltes beraubt hatte. § 349 StGB. ist nicht angewendet worden, weil der Angekl. bei dieser nachträglichen Vernichtung nach Ansicht des LG. nur aus Angst vor Entdeckung der Unterschlagung gehandelt und nicht an die Möglichkeit gedacht hat, daß er sich damit gleichzeitig auch die Vorteile aus der Amtsunterschlagung sichere und erhalte. Das ist in tatsächlicher Beziehung der Nachprüfung des RevG. entzogen.

Ein rechtlicher Mangel liegt aber darin, daß das LG. lediglich das nachträgliche Vernichten gewürdigt hat. Nach dem angef. Urt. hat jedoch der Angekl. zuvor durch Betasten des Lockbriefs festgestellt, daß dieser einen Geldschein zu enthalten scheine; er hat deshalb im Bahnpostwagen den Brief an sich genommen, in die Außentasche seiner Dienstjacke gesteckt und sich damit in den Abort des Dienstwagens begeben, um dort, wie geschehen, zu prüfen, ob seine Vermutung richtig war, und bei Auffindung von Geld es sich daraus zu entnehmen und zuzueignen.

Bei diesem Sachverhalt wäre die Prüfung geboten gewesen, ob der Angekl. nicht schon hiermit die ihm amtlich anvertraute Urkunde in der Absicht beiseitegeschafft hat, einen Vermögensvorteil zu erlangen, Verbrechen nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB.

Wenn der Angekl. mit dem Einstecken und Hinaustragen vorsätzlich — wenn auch nur vorübergehend (RGSt. 23, 100) — durch örtliche Entfernung die tatsächliche Ausübung der postamtlichen Verfügungsgewalt an dem Briefe verhinderte oder erschwerte, könnte hierin schon ein Beiseiteschaffen liegen, das von der Absicht getragen war, die beabsichtigte Aneignung des Geldes zu ermöglichen.

(2. Sen. v. 10. Sept. 1936; 2 D 582/36.)
<= RGSt. 70, 312.>

Anmerkung: Der „Fangbrief" hat die RGRspr. wiederholt beschäftigt. So insbes. in: RGSt. 1, 61 (1. Sen.); 65, 145; 69, 271 = JW. 1935, 3392[26]. Stets wurde, auch in der zuletzt genannten Entsch., die Anwendbarkeit des § 354 StGB. bejaht. Dagegen hat dieses Urteil Bedenken getragen, ein vollendetes Verbrechen nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. anzunehmen, weil die Verbindung des Briefes mit einer amerikanischen Marke und einem nur scheinbar amerikanischen, in Wahrheit in Deutschland zurechtgemachten Poststempel „keine Urkunde, sondern nur ein in besonderer Weise gekennzeichneter Gegenstand in der äußeren Form einer Urkunde", nur ein „scheinbarer Vertreter der Gattung amerikanische Briefe" sei. Es hätte sich daher höchstens um einen Versuch an einem untauglichen Gegenstand handeln können, wenn nämlich der Angekl. die Unechtheit des nur scheinbar amerikanischen Briefes nicht erkannt hat.

Das vorl. Urteil des 2. Sen. v. 10. Sept. 1936 wendet demgegenüber auf den Angekl. die §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. an. Es ist ihm darin beizustimmen. Der Brief war mit einem regelrechten, inländischen Aufgabestempel des in Betracht kommenden Postamts versehen, so daß zu den Bedenken des oben genannten, früheren Urteils in dieser Beziehung von vornherein kein Grund vorlag. Außergewöhnlich war nur, daß die auf dem Fangbrief genannte Empfängerin fingiert war, daß es sie in Wirklichkeit nicht gab. Aber daran konnte die Urkundeneigenschaft nicht scheitern; denn das Urteil hebt mit Recht hervor und führt es des näheren aus, daß auch so der Brief mit seinem Stempel geeignet war, im Rechtsleben rechtserheblichen Beweis zu erbringen. Auch was des weiteren in dem Urteil über das „Beiseiteschaffen" (zu einer Zeit, in der § 349 StGB. noch in Frage stand) gesagt ist, ist überzeugend.

Die Annahme eines vollendeten Verbrechens im vorl. Fall liegt auch durchaus in der Linie des kommenden Strafrechts. Sowohl der verbrecherische Wille als solcher, wie auch seine Betätigungsweise nach außen, wenn der Angekl. die Eigenschaft des Briefes als „Fangbrief" nicht erkannt hat, sind genau dieselben, wie wenn es sich um einen richtigen, normalen Brief gehandelt hätte. Es besteht in Ansehung der betätigten Pflichtwidrigkeit auch nicht der leiseste Unterschied zwischen dem ersten und dem zweiten Fall. Eine Gleichstellung in der rechtlichen Beurteilung erscheint daher auch unter materiellen Gesichtspunkten als voll gerechtfertigt.

Es mag von Interesse sein, daß dieselbe Frage auch die ausländische Rspr. beschäftigt und dort zum gleichen Ergebnis geführt hat. Manzini, Trattato di Diritto penale italiano (Vol. I, 1933, pag. 502) teilt anmerkungsweise eine Entsch. Cass. 24 febbraio 1930 dahingehend mit: „non è a parlarsi di reato putativo, ma di effettivo reato (violazione del segreto epistolare) nel fatto dell'agente postale che manomette lettere spedite dall'Amministrazione postale a persone immaginarie onde sperimentare la fedeltà dell'agente su cui sono sorti sospetti."

Prof. Dr. Edm. Mezger, München.

*

41. § 359 StGB. Angestellte und Geschäftsführer von Ortskrankenkassen und gewerblichen Berufsgenossenschaften sind keine Beamten i. S. des § 359 StGB.

Die gewerblichen Berufsgenossenschaften sind kraft Gesetzes gebildete Zwangsvereinigungen der Unternehmer versicherungspflichtiger Betriebe und dazu berufen, unter staatlicher Aufsicht die Fürsorge zu verwirklichen, auf welche die durch Betriebsunfälle verletzten Arbeiter usw. Anspruch haben. Sie

sind zwar Körperschaften des öffentlichen Rechts, besitzen aber keinen behördlichen Charakter. Dieser fehlt erst recht ihren Selbstverwaltungsorganen, insbes. dem Vorstand, der nicht vom Staat ernannt oder bestätigt wird, sondern aus der freien Wahl der Genossenschaftsversammlung hervorgeht (§ 686 RVO.; RGZ. 112, 63, 64 = JW. 1926, 2294). Siehe auch Äußerung des RVersA. v. 11. April 1913 (RVersANachr. 1913, 550 Nr. 2637), ferner RGSt. 34, 367 (betrifft den Vorstand einer landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft) und RGSt. 38, 17 (betrifft den Vorstand einer Ortskrankenkasse). Die Angestellten der Ortskrankenkasse einschl. des Geschäftsführers sind, da ihre Berufung zum Dienst weder unmittelbar noch mittelbar von einer staatlichen Stelle ausgeht, nicht Beamte im strafrechtlichen Sinne (Beamteneigenschaft des Geschäftsführers kann nur in Frage kommen, wenn er als Vollstreckungsbeamter i. S. des § 404 Abs. 4 RVO. bestellt ist und nur für die in dieser Eigenschaft vorgenommenen Dienstverrichtungen), RGSt. 62, 24 f. Der Gleichheit der Gründe wegen muß dasselbe gelten für den Geschäftsführer einer gewerblichen Berufsgenossenschaft. Er ist Angestellter der Genossenschaft und wird vom Vorstand gem. § 703 RVO. ernannt. Er ist daher nicht Beamter i. S. des § 359 StGB.

(4. Sen. v. 16. Okt. 1936; 4 D 660/36.)

Sonstiges materielles Strafrecht

42. § 36 Abs. 1 Nr. 7 DevVO. von 1932 (§ 42 Abs. 1 Nr. 7 DevG. von 1935. Zum Begriff der Genehmigungserschleichung

1. Das LG. sieht den Tatbestand des § 36 Abs. 1 Nr. 7 DevVO. 1932 insofern als verwirklicht an, als der Angekl. der Devisenstelle nicht angezeigt habe, daß die mitgeteilten Unterlagen für die Genehmigung nicht mehr zutrafen, indem, noch ehe diese Genehmigungen erteilt wurden, die bei der Antragstellung bestehende und angegebene Absicht, dem S. notarielle Grundstückskaufangebote zu machen und die Wertpapiere als Anzahlung auf die Grundstückskaufpreise in Zahlung zu nehmen, vorläufig aufgegeben worden war und erwogen wurde, statt dessen die Gesellschaften dem S. zum Erwerbe anzubieten und im Hinblick hierauf die Wertpapiere in Zahlung zu nehmen; der Angekl. habe also die nunmehr unrichtig und unvollständig gewordenen Angaben tatsächlicher Art — trotz bestehender Erklärungspflicht — heimlich benutzt, um die Genehmigungen zu erlangen, auf die sie nach der damaligen Devisengesetzgebung keinen unbedingten Anspruch gehabt hätten. Hierzu und auf die Einwendungen der Rev. ist folgendes zu bemerken:

Einzelgenehmigungen werden nicht abstrakt für eine genehmigungsbedürftige Handlung erteilt, sondern unter Würdigung und zur Erreichung des bestimmten Zwecks, für den die Genehmigung erbeten worden ist. Diesen Zweck muß der Antragsteller der Devisenstelle angeben und als volkswirtschaftlich gerechtfertigt nachweisen. Eine nach der DevVO. erteilte Genehmigung wird darum in dem Zeitpunkte unwirksam, in dem der Verwendungszweck nachträglich wegfällt — Richtlinien v. 23. Juni 1932 I 3 und 4. Hieraus ergibt sich für den Antragsteller die Pflicht, der Devisenstelle Mitteilung zu machen, wenn, während der Antrag noch geprüft wird, der in ihm angegebene Zweck der genehmigungsbedürftigen Handlung vom Antragsteller endgültig aufgegeben und durch einen anderen ersetzt wird, aber auch schon dann, wenn der ursprüngliche Zweck noch nicht endgültig aufgegeben ist, aber jedenfalls zunächst nicht verfolgt werden soll, und noch völlige Unklarheit darüber herrscht, wie und wozu die genehmigungsbedürftige Handlung ausgenutzt werden wird. Andernfalls würde die Devisenstelle nur auf Grund unzutreffender und unvollständiger tatsächlicher Angaben den volkswirtschaftlichen Wert prüfen können und möglicherweise zu einem unrichtigen Ergebnis gelangen und eine Genehmigung erteilen, die sie bei Kenntnis der wahren Sachlage vielleicht versagt haben würde. Welche Gesichtspunkte dabei für die Devisenstelle jeweilig — und zwar auch neben den Richtlinien — maßgebend sind, kann der Antragsteller regelmäßig nicht abschließend beurteilen. Er muß deshalb der mit der Prüfung befaßten Devisenstelle jede solche Änderung des im Antrag angegebenen Zwecks und der sonstigen Antragsunterlagen mitteilen, durch die seine Angaben tatsächlicher Art unrichtig oder unvollständig geworden oder ins Ungewisse versetzt worden sind. — Für den Tatbestand des § 36 Abs. 1 Nr. 7 DevVO. 1932 kommt es auch nicht darauf an, ob der Antragsteller schließlich die genehmigte Handlung zu einem anderen als dem angegebenen Zweck ausgenutzt hat; der Tatbestand ist vielmehr erfüllt, wenn der Antragsteller über die *beabsichtigte* Verwendung unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat, um die Genehmigung zu erschleichen. —

Trügerische Machenschaften, wie sie der Begriff des Erschleichens voraussetzt, können, wie beim Betrug oder bei der Steuerhinterziehung, auch hier in dem vorsätzlichen Unterlassen einer dem Täter obliegenden Berichtigung von Angaben gefunden werden, die von ihm der Devisenstelle mit dem Antrag zur Prüfung unterbreitet worden, nachträglich aber, noch während der Prüfung, unrichtig geworden waren.

2. Der Angekl. ist weiter wegen dem Geschäftsführer G. geleisteter Beihilfe zu dessen Vergehen nach §§ 18 Abs. 2, 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. 1932 verurteilt worden, weil G. die Wertpapiere vom Ausländer S. ohne Genehmigung in Zahlung genommen und der Angekl. sie ihm dazu ohne Genehmigung ausgehändigt habe, insofern die Genehmigungen durch unwahre Angaben erschlichen und deshalb als nicht erteilt anzusehen seien. In seiner Allgemeinheit ist der Satz: eine erschlichene Genehmigung sei nicht als Genehmigung wirksam, nicht richtig. Von der Genehmigung nicht gedeckt und daher ungenehmigt ist vielmehr in solchem Falle nur ein Geschäft, das von dem genehmigten inhaltlich abweicht oder die gestellten Bedingungen unberücksichtigt läßt.

Zutreffend führt das LG. aus, daß die erteilten Genehmigungen nur im Zusammenhange mit den Anträgen und den beigebrachten Unterlagen zu verstehen und einzuhalten seien und mit diesen eine rechtliche Einheit bilden. Genehmigt hat die Devisenstelle also, daß die Gesellschaften die Wertpapiere nach Maßgabe der vorgelegten Entwürfe zu den Grundstückskaufangeboten und den Zusicherungen des Angekl. und des S. als Anzahlung auf den Kaufpreis der bezeichneten Grundstücke in Zahlung nehmen und nach Eintragung der Auflassungsvormerkungen und Abtretung der Grundschulden vom Angekl. ausgehändigt erhalten. Dazu, die Wertpapiere für irgendwelche anderen Zwecke oder Rechtsgeschäfte oder unter anderen Bedingungen von dem Ausländer anzunehmen, war keine Genehmigung nachgesucht und erteilt worden. Genehmigungen zur Inzahlungnahme lagen auch nicht für den Fall vor, daß die Art der Verwendung und Rückzahlung nicht vorbehalten bleiben sollte. Da die Absicht, die Grundstücke dem S. zum Kaufe anzubieten, vorläufig aufgegeben und keine Auflassungsvormerkung eingetragen war, über das, was an dessen Stelle treten sollte, auch noch keine Gewißheit bestand, waren die Aushändigung und die Annahme der Wertpapiere so, wie sie geschehen sind, durch die Genehmigungen der Devisenstelle nicht gedeckt, also nicht genehmigt.

Der Angekl. ist also mit Recht der Beihilfe zum Vergehen des G. nach §§ 18 Abs. 2, 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. 1932 schuldig erklärt worden.

3. Keine Bedenken bestehen gegen die Ansicht des LG., daß die Straftaten zu 1 und 2 nach § 74 StGB. zusammentreffen. Fortsetzungszusammenhang zwischen der eigenen Tat und der Beihilfe zur fremden Tat war rechtlich ausgeschlossen (RGSt. 67, 130 [139]). Das Erschleichen einer Genehmigung wird auch nicht, wie die Rev. meint, durch die Beihilfe zur nicht genehmigten Handlung aufgezehrt. Tateinheit kam nicht in Frage, da das Vergehen nach § 36 Abs. 1 Nr. 7 vor, die Beihilfe zum Vergehen nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 nach Erteilung der Genehmigung begangen ist. Auch zur Annahme natürlicher Handlungseinheit bestand kein zwingender Anlaß.

(2. Sen. v. 23. Juli 1936; 2 D 725/35.)

*

43. 1. Bei Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. ist der Strafrichter nicht an § 468 RAbgO. gebunden.

2. Die Bindung des Strafrichters bei Steuerhinterziehungen nach § 468 RAbgO. umfaßt auch die Frage, ob ein verschwiegener Vermögensgegenstand durch eine unterbliebene, an sich zulässige Einstellung eines Schuldpostens ausgeglichen wird (§ 396 Abs. 3 RAbgO.).

3. § 468 RAbgO. bindet den Strafrichter nicht gegenüber der Anwendbarkeit von Amnestiebestimmungen.

4. Soweit in der Vermögenserklärung für 1931 Vermögensbeträge nicht angegeben worden sind, tritt Straffreiheit nach Maßgabe der StAmnVO. nur ein, wenn für den gesamten verschwiegenen Betrag Reichsanleihe gezeichnet worden ist.

5. Bei der Straftat des § 15 der 2. StAmnVO. kommt es nicht darauf an, ob die Nichtangabe von Vermögensgegenständen im Ergebnis eine Verkürzung der Steuern herbeiführt.

6. Auch gegenüber § 15 der 2. StAmnVO. kommt § 395 RAbgO. in Betracht.

7. Bei einer Handlung, die zugleich ein Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. und eine Vermögenssteuerhinterziehung darstellt, kann Tateinheit vorliegen†).

1. Es muß rechtlich grundsätzlich unterschieden werden zwischen den Steuerhinterziehungen und dem Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 503).

Auch das Vergehen gegen den § 15 ist eine Steuerzuwiderhandlung (vgl. den Wortlaut im Abs. 1), aber es kommt für die Beurteilung der Frage, ob der darin enthaltene Straftatbestand erfüllt ist, nicht darauf an, ob eine Steuerverkürzung eingetreten ist oder auch nur gewollt war. Es handelt sich um einen Sonderstraftatbestand, der, soweit es hier in Betracht kommt, unrichtige Angaben in der Vermögenserklärung 1931 als solche in dem näher bestimmten Umfang zum Gegenstand hat (RGSt. 69, 93, 95 = JW. 1935, 1630[12] m. Anm.; RGSt. 68, 187, 191 = JW. 1934, 2155). Eine Bindung des Strafrichters i. S. des § 468 RAbgO. scheidet demnach aus, soweit es sich nur um das Vergehen nach § 15 handelt. Andererseits findet jedoch, da es sich um ein Steuergesetz i. S. der RAbgO. handelt, auch deren Vorschrift im § 395 über die Einwirkung eines steuerstrafrechtlichen Irrtums auch zum § 15, insbes. Abs. 3, Anwendung.

2. Bei den Steuerhinterziehungen besteht die Bindung des Strafrichters im Rahmen des § 468 RAbgO. demnach zu beiden Fragen, ob ein Steueranspruch bestand und ob eine Verkürzung eingetreten ist (vgl. RGSt. 59, 261; 63, 65). Hinsichtlich dieser beiden Fragen ist infolge der Vorschrift in § 396 Abs. 3 RAbgO. auch im Strafverfahren der nachträgliche Einwand unzulässig, daß ein verschwiegener Vermögensgegenstand durch eine unterbliebene an sich zulässige Einstellung eines Schuldpostens ausgeglichen werde (RGSt. 70, 3, 6 = JW. 1936, 992[6]). Im übrigen jedoch ist der Strafrichter in der Beurteilung der strafrechtlichen Seite der Angelegenheit frei. Er hat also insbes. über die Frage der Vorsätzlichkeit und in diesem Zusammenhang auch über die Anwendbarkeit des § 395 RAbgO. frei von der Bindung des § 468 zu entscheiden.

3. Eine solche Bindung besteht ferner nicht zu der Frage, ob bei begangenen Steuerhinterziehungen die Voraussetzungen der Straffreiheit nach Maßgabe der 1. StAmnVO. v. 23. Aug. 1931 (RGBl. I, 449) oder der 2. StAmnVO. erfüllt sind. Die Steuerbehörden haben zwar gleichfalls diese Voraussetzungen nachzuprüfen, da es von ihrem Vorliegen abhängt, ob die in den beiden Verordnungen vorgesehene Befreiung von Steuernachzahlungen eintritt. Eine Bindung des Strafrichters an das Ergebnis dieser Nachprüfung durch die Steuerbehörden ist jedoch weder ausdrücklich im Gesetz angeordnet, noch aus seinem Inhalt zu entnehmen. Eine verschiedene Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt sind, ist also an sich denkbar.

4. Die Vermögenserklärung für 1931 mußte den Stand des Vermögens so angeben, wie er am 1. Jan. 1931 gewesen war (§ 22 Abs. 2 VermStG. v. 22. Mai 1931). Eine Ausnahme davon ist im § 5 Abs. 1 der 2. StAmnVO. festgelegt: Wertbeträge, die am 1. Jan. 1931 vorhanden waren, brauchten nicht angegeben zu werden, wenn sie nachträglich zum Erwerb von Reichsbahnanleihe verwendet worden waren.

Nach den Urteilsfeststellungen steht es nun zunächst zur äußeren Tatseite außer Zweifel, daß die Vermögenserklärung des Angekl. für 1931 v. 14. Okt. 1931, die am 15. Okt. 1931, also innerhalb der Amnestiefrist und somit rechtzeitig beim FinA. einging, in zweifacher Hinsicht unrichtig war. Zum Vermögen des Angekl. hatten am 1. Jan. 1931 Goldpfandbriefe zum Nennbetrag von 50 000 *RM* mit einem Steuerwert von 49 350 *RM* und ferner eine Dollarforderung gegen eine schweizerische Bank zum Betrage von 11 789,29 Dollar im Werte von 49 431 *RM* gehört. Diese beiden Vermögensgegenstände hat der Angekl. in seiner Erklärung nicht angegeben; er war zu ihrer Angabe verpflichtet.

Seine Erklärung war demnach nicht geeignet, als die in der 1. StAmnVO. vorgesehene Selbstanzeige Straffreiheit für die zurückliegenden Steuerhinterziehungen — Einkommensteuer, Vermögensteuer — nach Maßgabe dieser VO. herbeizuführen.

Straffreiheit konnte der Angekl. somit für diese Hinterziehungen nur nach Maßgabe der 2. StAmnVO. erreichen, indem er Reichsbahnanleihe in der nach dieser VO. erforderlichen Höhe (vgl. § 8 Abs. 2 der 2. StAmnVO.) erwarb. Ein solcher Erwerb hatte außerdem die Folge, daß die Unrichtigkeiten in der Vermögenserklärung für 1931 nicht als Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. anzusehen waren; das ist im Abs. 3 der Vorschrift besonders ausgesprochen.

Nach den Vorschriften im § 15 Abs. 3 i. Verb. m. den §§ 8 Abs. 2, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 der 2. StAmnVO. mußte demnach der Angekl., soweit es auf den Erwerb von Reichsbahnanleihe ankommt, den Wert beider nicht angegebenen Vermögensgegenstände berücksichtigen, und nach der entscheidenden Bestimmung im § 3 Abs. 1 der VO. in Höhe des Werts, den diese beiden Gegenstände am 1. Jan. 1931 hatten, Reichsbahnanleihe erwerben. Das hat er keinesfalls getan.

Straffreiheit nach Maßgabe der beiden StAmnVO. hat demnach der Angekl. für die danach in Betracht kommenden Steuerhinterziehungen nicht erworben, und es entfällt auch nicht schon aus dem Grunde des Erwerbs von Reichsbahnanleihe eine etwaige Zuwiderhandlung gegen § 15 der 2. VO.

5. Durch das StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925 ff., 937), Abschnitt III, §§ 28, 29 (31), ist nun allerdings insoweit eine Änderung eingetreten, als in diesem Gesetz die Einstellung eines anhängigen Verfahrens angeordnet wird (§ 29 Abs. 1), das eine Steuerzuwiderhandlung betrifft, die mit einer Zuwiderhandlung gegen das VolksverratsG. zusammenhängt (§ 31). Das trifft nach § 31 Nr. 1 zu hinsichtlich der Werte, die nach dem VolksverratsG. anzuzeigen waren, sowie nach Nr. 3 hinsichtlich des Ertrags und des Einkommens aus solchen Werten. Hierunter fällt das Dollarguthaben gegen die schweizerische Bank. Dem LG. ist im Ergebnis darin beizutreten, daß diese Einstellungsvorschrift nur eine Ausscheidung des Guthabens bei der weiteren Beurteilung des Sachverhalts zur Folge hat. Läge insoweit Tatmehrheit vor, so bestände daran kein Zweifel, daß von der Einstellung nur die selbständige Straftat betroffen würde, bei der die vom Gesetz für die Einstellung geforderten Voraussetzungen vorliegen (vgl. hinsichtlich rechtskräftig erkannter Gesamtstrafen die Vorschrift im § 32 StAnpG.). Liegt

jedoch Tateinheit vor, so müssen die Grundsätze entsprechende Anwendung finden, wie sie in RGSt. 67, 233, 235 zum StraffreihG. v. 20. Dez. 1932 entwickelt worden sind. Daraus folgt für den hier zu beurteilenden Fall, daß für eine Strafverfolgung nur und insoweit noch Raum ist, als beim Ausscheiden des schweizerischen Guthabens eine Straftat übrigbleibt, die nach Maßgabe der früheren Gesetze verfolgbar bleibt. Das ist hier der Fall; denn die Straffreiheit für die früheren Steuerhinterziehungen sowie eine Vermeidung der Zuwiderhandlung gegen § 15 der 2. StAmnVO. konnte der Erwerb von Reichsbahnanleihe schon deswegen nicht herbeiführen, weil der Betrag der Reichsbahnanleihe um über 9000 *RM* hinter dem Wert der nicht angegebenen Goldpfandbriefe am 1. Jan. 1931 zurückblieb, dieser Wert aber nach den §§ 15 Abs. 3, 3 Abs. 1 der 2. StAmnVO. die Höhe des erforderlichen Anleihebetrages bestimmte. Von diesem Betrag darf nicht, wie es das LG. irrigerweise tut, abgezogen werden, was der Angekl. etwa versehentlich in seiner Vermögenserklärung für 1931 nicht an Schuldposten aufgeführt hat, aber hätte aufführen können. Bei der Straftat des § 15 kommt es, wie bereits erörtert, nicht darauf an, ob die Nichtangabe von Vermögensgegenständen im Ergebnis eine Verkürzung der Steuer herbeiführt, und Erwägungen, die sich auf ein solches Ergebnis gründen, müssen nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes außer Betracht bleiben bei der Bemessung des erforderlichen Betrages der zu zeichnenden Reichsbahnanleihe.

Der äußere Tatbestand des § 15 der 2. StAmnVO. bleibt somit auch dann bestehen, wenn das schweizerische Guthaben ausgeschieden wird.

6. Die innere Tatseite des § 15 ist damit allerdings noch nicht geklärt. Sie erfordert Vorsatz. Bei der Prüfung dieser Frage kommt, wie ebenfalls bereits erörtert, auch der § 395 RAbgO. in Betracht. Das wird das LG. zu beachten haben.

Das RevG. ist somit nicht in der Lage, das Vorliegen des Straftatbestandes nach § 15 der 2. StAmnVO. auf Grund der bisherigen Urteilsfeststellungen bereits selbst anzuerkennen und durch Berichtigung des Schuldspruchs auszusprechen. Vielmehr muß das Urteil in diesem Punkt zunächst auf die Rev. des Nebenklägers aufgehoben werden, und zwar in vollem Umfang, weil das LG. zugleich hinsichtlich der Steuerhinterziehungen insgesamt eine Fortsetzungstat angenommen hat. Dazu ist noch folgendes auszuführen.

7. Es handelt sich um zwei verschiedene Steuerarten, Einkommensteuer und Vermögensteuer. Die einzelnen Steuerhinterziehungen können wohl innerhalb jeder Steuerart eine fortgesetzte Handlung darstellen, aber in der Regel nicht auch darüber hinaus im Verhältnis der beiden Steuerarten zueinander. Insoweit kommt nur zu jeder Art für sich eine Fortsetzungstat in Betracht. Das entspricht der ständigen Rspr. des RG. (vgl. u. a. 6 D 555/35 v. 15. Jan. 1936 = JW. 1936, 1677[16]), von der abzugehen kein Anlaß besteht. Vorliegend ist es denkbar, daß die Handlung, die das Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. bildet, zugleich eine Hinterziehung der Vermögensteuer darstellt. Dann läge insoweit zugleich Tateinheit vor. Das wird das LG. zu prüfen haben. Es wird dabei aber ferner beachten müssen, ob nicht die Tatsache, daß der Angekl. Reichsbahnanleihe gezeichnet hat, der Annahme des Gesamtvorsatzes entgegensteht, den das LG. zugrunde legt. Die Begründung, die es dafür gibt, ist ohnehin unzulänglich, weil rein formelhaft gehalten.

(1. Sen. v. 8. Sept. 1936; 1 D 221/36.)

Anmerkung: 1. Über das Grundsätzliche der Bindung des Strafrichters an Entscheidungen der Finanzbehörde vgl. mein Steuerstrafverfahren, Schriftenreihe JW. Nr. 1 S. 55—58. Die Bindung tritt nur ein, wenn das ordentliche Gericht eine Entsch. über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung getroffen hat.

§ 15 der 2. AmnVO. schafft einen Sondertatbestand, der lediglich eine Steuerzuwiderhandlung zum Gegenstande hat, nicht aber eine Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung im technischen Sinne (§ 396 bzw. § 402 RAbgO.). Die Bestrafung aus § 15 a. a. O. kann vielmehr auch erfolgen ohne Rücksicht darauf, ob die in den Fällen der §§ 396, 402 RAbgO. vorgesehene Steuerverkürzung eingetreten ist.

2. Bei Verurteilung wegen Steuerhinterziehung bezieht sich die Bindung des Strafrichters aus § 468 RAbgO. darauf, ob ein Steueranspruch besteht und ob eine Verkürzung eingetreten ist.

Von den Steuerpflichtigen wird häufig versucht, im Wege der sog. Kompensation geltend zu machen, daß eine Steuerverkürzung nicht vorliege. Diese Kompensation ist steuerstrafrechtlich gemäß § 396 Abs. 3 Halbsatz 2 unbeachtlich; denn ob der Betrag, der sonst festgesetzt wäre, aus anderen Gründen hätte ermäßigt werden müssen oder der Vorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können, ist für die Bestrafung ohne Bedeutung.

Der gesetzgeberische Zweck dieses Kompensationsverbotes beruht darauf, daß die Steuerbehörden selbst über den Steueranspruch zu entscheiden haben und daß daher auch derjenige Tatbestand diesen unterbreitet werden muß, auf Grund dessen der Steuerpflichtige glaubt, Ermäßigungsansprüche oder andere steuerliche Vorteile beanspruchen zu können. Die für das Vorliegen einer Steuerhinterziehung jedesmal festzustellende Steuerunehrlichkeit ist bereits dann gegeben, wenn der Steuerpflichtige z. B. die Angabe von Einkommensteilen unterläßt und gleichzeitig es auch unterläßt, z. B. steuerfreie Einkünfte in gleicher Höhe anzugeben. In solchen Fällen ist die Steuerbehörde getäuscht worden. Ihr ist nämlich der an sich steuerpflichtige Betrag, gleichzeitig allerdings auch der steuerfreie Betrag oder der zum Steuerabzug berechtigende Vorgang verschwiegen worden.

Im Steuerstrafverfahren können wegen der Bindung des Gerichts an die Entsch. der Finanzbehörden Einwendungen dieser Art nicht erhoben werden.

3. Aus Vorstehendem ergibt sich auch, daß die ordentlichen Gerichte bei der Anwendung von Amnestiebestimmungen nicht an die Feststellungen gebunden sind, selbst wenn diese aus anderen Gesichtspunkten, z. B. bezüglich der Frage, ob Steuern nachzuentrichten sind, mittelbar die Frage der Anwendbarkeit der Steueramnestie zu prüfen haben.

4. Den Ausführungen des RG. zu den Rechtssätzen 4—6 ist nichts hinzuzufügen.

Tateinheit bei einem Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnVO. und bei Vermögensteuerhinterziehung ist denkbar, da hier dasselbe Rechtsgut, nämlich der Anspruch des Reichs auf das Vollerträgnis der Vermögensteuer, verletzt wird.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

44. § 468 RAbgO.

1. Hat die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Nebenklägers stattgefunden, so kann nur dieser Verletzung des § 338 Nr. 5 StPO. rügen; eine solche Revisionsrüge greift durch, wenn das Ergebnis der Hauptverhandlung durch die Nichtvertretung des Nebenklägers beeinflußt worden ist.

2. Die ordentlichen Gerichte sind durch § 468 RAbgO. nicht gehindert, einen anderen äußeren Tatbestand als die Steuerbehörden anzunehmen.

3. Zuviel entrichtete Einkommensteuer für einen längeren Zeitraum steht versuchter Steuerhinterziehung in einem Teilsteuerabschnitt nicht entgegen (§ 396 RAbgO.). †)

1. Der Nebenkläger ist zwar berechtigt, der Hauptverhand-

lung beizuwohnen; er gehört jedoch nicht zu den Personen, deren Anwesenheit das Gesetz zwingend vorschreibt. Der unbedingte Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. liegt somit selbst dann nicht vor, wenn der Nebenkläger überhaupt nicht geladen war (RGSt. 28, 220; 31, 37).

Hiernach hätte darauf, daß das FinA. zur Verhandlung nicht geladen und in dieser nicht vertreten war, eine Revisionsrüge nur dann gegründet werden können, wenn das Ergebnis hierdurch beeinflußt worden wäre. Das behauptet die StA. indessen selbst nicht. Eine solche Rüge hätte überdies nur das FinA. erheben können (RGEntsch. 1 D 609/23 v. 26. Okt. 1923).

2. a) Das FinA. hat den Umsatz des Angekl. während der in Betracht kommenden Zeit nach einem bestimmten Schlüssel geschätzt. Die StrK. kommt auf Grund ihrer Feststellungen zu einem anderen Ergebnis; aber auch danach ist der Umsatz höher als der Angekl. angegeben hatte. Die StrK. verneint jedoch Vorsatz und Fahrlässigkeit aus den im Urteil näher dargelegten Gründen. Soweit es sich hierbei um Erwägungen tatsächlicher Art handelt, steht dem RevG. kein Prüfungsrecht zu; dafür, daß die StrK. die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit rechtlich verkannt hätte, besteht kein Anhalt.

Das LG. konnte den Angekl. von dieser Beschuldigung freisprechen, ohne durch die Vorschr. des § 468 RAbgO. beschränkt zu sein. Das war schon um deswillen zulässig, weil das LG. nicht das Bestehen des Steueranspruchs, sondern nur seine Höhe abweichend von der Steuerbehörde festgestellt hat. Außerdem hat das LG. zwar bei der Verneinung des inneren Tatbestands einen anderen äußeren Tatbestand angenommen als das FinA. Darin liegt jedoch kein Verstoß gegen den § 468 RAbgO., da die Steuerfestsetzung des FinA. auf Schätzung beruht. Das angefochtene Urteil ist aber nicht so zu verstehen, daß der im Wege der Schätzung ermittelte Steueranspruch des Staates nicht bestehe; die StrK. ist vielmehr nur der Ansicht, das Schätzungsergebnis sei nicht zuverlässig genug, um darauf die Feststellung der strafrechtlichen Schuld des Angekl. zu gründen (RGSt. 68, 45 = JW. 1934, 1361 [25]).

b) Die ursprüngliche Annahme des FinA., der Angekl. habe in den Jahren 1928 bis 1931 Einkommensteuer hinterzogen, beruht, wie sich später herausgestellt hat, auf einer zu hohen Schätzung; tatsächlich ist der Steueranspruch des Staates nicht verkürzt worden. Wie die StrK. annimmt, besteht kein Anhalt dafür, daß der Angekl. insoweit eine Hinterziehung auch nur versucht hat. Die StA. behauptet auch nicht, daß für diese Zeit eine strafbare Handlung vorliege; sie rügt vielmehr nur, der Angekl. sei zu Unrecht von der Beschuldigung freigesprochen worden, es versucht zu haben, durch unrichtige Angaben in seiner Einkommensteuererklärung für die Zeit vom 1. April bis zum 31. Dez. 1932 den Steueranspruch des Staates zu verkürzen. Diese Beschuldigung wird durch die Urteilsfeststellungen nicht widerlegt. Der Umstand, daß der Angekl. für die Zeit von Anfang 1928 bis Ende 1932 im Ergebnis zuviel Einkommensteuer entrichtet hat, beweist für die hier in Betracht kommende Frage nichts. In diesem Umfang ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben. Ob insoweit der § 468 RAbgO. Platz greift, hängt von der demnächst zu treffenden Entsch. und ihrer Begründung ab; im gegenwärtigen Stande des Verfahrens kann nur auf die in der RGEntsch. 1 D 396/32 v. 6. Febr. 1934 (RGSt. 68, 45 = JW. 1934, 1361) dargelegten Grundsätze hingewiesen werden.

(3. Sen. v. 24. Aug. 1936; 3 D 201/36.)

Anmerkung: 1. Gem. § 467 Abs. 1 RAbgO. hat das FinA. im gerichtlichen Verfahren die Rechte eines Nebenklägers. Nach § 338 Nr. 5 StPO. ist ein Urteil stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit der StA. oder einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat. Die Anwesenheit des Nebenklägers ist in der StPO. nirgends vorgeschrieben. Der Nebenkläger hat zwar verschiedene Befugnisse (Stellung von Anträgen, Abgabe von Erklärungen usw.). Er ist jedoch nicht Mitkläger (RGSt. 28, 226).

Anders ist der Fall jedoch gelagert, wenn das FinA. an Stelle der StA. gem. § 472 Abs. 2 RAbgO. öffentliche Klage selbst erhoben hat. Dann hat der Vertreter des FinA. im weiteren Verfahren dieselbe Stellung wie die StA. im Verfahren auf öffentliche Klage, es sei denn, daß die StA. die Verfolgung selbst übernimmt. Dann tritt das FinA. wieder in die Rechte eines Nebenklägers ein (§ 472 Abs. 3 RAbgO.).

2. Zu dem Rechtssatz zu 2 hat der 1. Sen. des RG. bereits im Urt. v. 6. Febr. 1934, 1 D 396/32: RGSt. 68, 55 ff. = JW. 1934, 1361 [25] Stellung genommen. Ihm folgt auch das jetzige Urteil, das, ebenso wie Becker, für die Fälle der Steuerfestsetzung auf Grund einer Schätzung den Strafgerichten die Möglichkeit gibt, den äußeren Tatbestand anders zu beurteilen als die FinA.

Im Steuerermittlungsverfahren müssen die FinA. Schätzungen vornehmen, wenn der StPfl. mangels gehöriger Unterlagen eine genaue Ermittlung des Umsatzes unmöglich macht. Im Strafverfahren hingegen bedarf es der positiven Feststellung einer zweifelsfreien Schuld. Die Verurteilung wegen Steuerverkürzung erfordert die Feststellung von Tatsachen, die gewiß sind oder wenigstens eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit aufweisen. Hinzu kommt, daß bei Zweifeln zugunsten des Angekl. zu entscheiden ist.

Da sich häufig auf Grund von Schätzungen Steuerstrafverfahren entwickeln, in denen die Steuerbehörden die Auffassung vertreten, daß der Beschuldigte sich auch entsprechend strafbar gemacht habe und die durch die Schätzungsbescheide festgesetzten Steuern hinterzogen habe, ist auf die Wichtigkeit dieser ständigen Rspr. des RG. in Steuersachen hinzuweisen. Auch bei finanzamtlichen Unterwerfungsverfahren ist hierauf zu achten, zumal ja jederzeit das finanzamtliche Steuerstrafverfahren in ein gerichtliches Steuerstrafverfahren übergeleitet werden kann. Dies kann der Beschuldigte dadurch erzwingen, daß er nach Erlaß eines finanzamtlichen Strafbescheides auf gerichtliche Entsch. anträgt.

3. Der Steueranspruch des Reiches geht darauf, daß der StPfl. für jeden einzelnen Steuerabschnitt seinen Finanzpflichten nachkommt. Hierzu gehört die Abgabe ordnungsmäßiger Steuererklärungen und auch die Leistung von Steuerzahlungen. Die Entsch. über die Höhe der Steuerschuld steht den FinA. zu. Dem StPfl. ist es untersagt, von sich aus eine Entsch. darüber zu treffen, in welchem Steuerabschnitt Einkünfte z. B. der Einkommensbesteuerung zuzuführen sind.

Demgemäß ist auch die Frage, ob Steuern i. S. des § 396 RAbgO. verkürzt worden sind, auf die einzelnen Steuerabschnitte abzustellen. Eine Kompensation mit etwa in anderen Steuerabschnitten zuviel geleisteten Zahlungen ist unzulässig. Hinzu kommt, daß gem. § 396 Abs. 3 RAbgO. für den dort aufgeführten Sonderfall es sogar für unerheblich erklärt worden ist, ob der Steuerbetrag, der bei richtigen Angaben festgesetzt worden wäre, aus anderen Gründen z. B. hätte ermäßigt werden können.

Andererseits kann freilich die Feststellung, daß der StPfl. zuviel Einkommensteuer in anderen Abschnitten entrichtet habe, u. U. für die Beurteilung der Schuldfrage oder auch für die Höhe des Strafmaßes je nach der Lagerung des Einzelfalles von Bedeutung sein.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

45. § 240 KO. Übermäßiger Aufwand der Gesellschafter einer OHG.

Der Angekl. H. erhebt die prozeßrechtliche Rüge einer Verletzung des § 211 StPO., da für eine Neuaufnahme des Verfahrens gegen ihn nur das LG. Chemnitz zuständig sei, bei dem die Strafsache gegen ihn schon einmal geschwebt habe mit dem Ergebnis, daß er außer Verfolgung gesetzt sei. Es ist allerdings strittig, bei welchem Gericht die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig sei. Die überwiegende Meinung hält es für zulässig, die Klage bei jedem örtlich zu-

ständigen Gericht einzureichen. Dem hat sich auch das RG. in seiner Entsch. v. 23. Febr. 1923 in Sachen 4 D 38/23 angeschlossen (teilweise abgedr.: Recht 1923 Nr. 954). Der Senat hält diese Ansicht für zutrefffend.

Die Angekl. sind aus § 240 Nr. 1 KO. wegen übermäßigen Aufwandes verurteilt worden. Diese Vorschrift erfordert, daß der Täter ein Schuldner ist, der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist.

Bei dem Angekl. E. ist zu beanstanden, daß auch seine Beteiligung bei dem Kleiderwerk M. für seine Verurteilung aus § 240 Nr. 1 KO. mit herangezogen worden ist. In diesem Geschäfte war er nur stiller Gesellschafter und als solcher nicht Schuldner i. S. des § 240 Nr. 1 KO.

Es war darzulegen, daß der Täter durch Aufwendungen übermäßige Summen verbraucht hat oder schuldig geworden ist. Hierbei ist zunächst zu ermitteln, ob der Angekl. Aufwand getrieben hat; sodann, ob es sich um einen übermäßigen Aufwand handelt (RG. v. 26. März 1936, 5 D 133/36). Als Aufwand sind die das Notwendige oder Übliche übersteigenden Ausgaben anzusehen (RGSt. 15, 309). Dazu gehören auch Aufwendungen für Geschäftszwecke, namentlich Gehälter von Angestellten, Gratifikationen u. dgl., wenn die Ausgaben für derartige an sich berechtigte Zwecke die durch den Umfang der Leistungsfähigkeit gesteckten Grenzen übersteigen und zu dem tatsächlich vorhandenen Geschäftsvermögen in keinem angemessenen Verhältnis stehen (RGSt. 42, 278/80). Daß der Angekl. einen solchen Aufwand getrieben hat, stellt das Urteil einwandfrei fest.

Bei der Prüfung der Übermäßigkeit von Ausgaben ist von der Gesamtvermögenslage des Gemeinschuldners auszugehen (vgl. RGSt. 14, 87). Darauf, daß gewisse Teile des Gesamtvermögens eine rechtliche Selbständigkeit haben, wie es zum Beispiel bei dem Vermögensteil der Fall ist, der zum Betriebe einer OHG. verwendet wird, kommt es bei den Ausgaben nicht an. Zwar kann beim Vorhandensein solcher selbständiger Vermögensteile jemand durch Unterlassung einer ordentlichen Buchführung in den verschiedenen Betrieben sich mehrfach gegen § 240 KO. vergehen (RGSt. 11, 9). Der Aufwand des Gemeinschuldners hat sich im Gegensatz hierzu, wie erwähnt, nach seiner gesamten Vermögenslage zu richten. Nur nach ihr kann sich die Angemessenheit oder Übermäßigkeit ergeben. Hätte also beispielsweise eine der beiden Gesellschaften, bei denen der Angekl. D. beteiligt war, sich besonders günstig, seine anderen drei Betriebe aber ganz ungünstig entwickelt, so wäre der Angekl. nicht berechtigt gewesen, aus dem günstigen Betriebe besonders hohe Summen zu verbrauchen. Vielmehr hatte er dies mit Rücksicht auf die anderen schlechten Betriebsergebnisse zu unterlassen. Daher ist es an sich nicht zu beanstanden, daß in solchem Falle der Gemeinschuldner, obwohl er Inhaber mehrerer selbständiger Betriebe ist, auf Grund seines gesamten Verbrauchs aus den verschiedenen Betrieben, wegen eines Einzelvergehens gegen § 240 Nr. 1 KO. verurteilt wird.

Nur darf man die bloße Entnahme nicht schon als Aufwand, also als Ausgabe ansehen. Die Entnahme als solche richtet sich nach den Erträgnissen des einzelnen Geschäfts. Bei der OHG. ist sie durch Gesellschaftsvertrag (§ 109) oder durch Gesetz (§ 122 HGB.) geregelt. Wenn der Gemeinschuldner nur den hiernach ihm zustehenden Gewinn aus einzelnen selbständigen Betrieben entnommen hat, so kann ihm dies allein nicht als Aufwand i. S. des § 240 Nr. 1 KO. angerechnet werden. Es kommt vielmehr weiter darauf an, wie er diese Entnahmen verwendet. Legt er seinen Gewinn in sicherer Weise (z. B. in Grundstücken) an, so ist dies sachgemäß; anders, wenn er seine Entnahmen verausgabt. Hält er sich hierbei im Rahmen des Notwendigen oder Üblichen, so liegt überhaupt kein Aufwand vor. Aus diesem Grunde ist beim Angekl. E. die Rüge beachtlich, daß seine Leistungen an seinen Vater auf Grund des Vertrages vom Jahre 1926 nicht ohne weiteres als Aufwand angesehen werden dürften. Es handelt sich um eine Entschädigung an E.s Vater dafür, daß er vom 1. Jan. 1926 ab aus der OHG. ausschied und seine beiden Söhne unter Übernahme seines Kapitalanteils an seine Stelle traten, darunter der Angekl. E. Daher besteht die Möglichkeit, daß die Zusage der Abfindung sich bei der damaligen Geschäftslage als angemessenes Entgelt darstellt, so daß es sich vielleicht überhaupt nicht um einen Aufwand und bejahendenfalls nicht um einen übermäßigen Aufwand handelt.

Bei Prüfung der Übermäßigkeit des Aufwandes geht das LG. im übrigen von Grundsätzen aus, die nicht frei von Rechtsirrtum sind. Es führt aus, in allen vier Geschäften sei der Angekl. D. persönlich haftender Gesellschafter gewesen. Ferner wird davon ausgegangen, daß bei der anzustellenden Prüfung nach der Übermäßigkeit nicht nur die Kapitalanteile D.s allein oder nur seine eigenen Vermögenswerte in den einzelnen Geschäften maßgebend seien. Denn jede Veränderung der Kapitalanteile eines Mitgesellschafters einer OHG. wirke sich notwendigerweise auch auf den Kapitalanteil des anderen Gesellschafters aus. Jede Verschuldung des einen Gesellschafters bedeute, wie sich aus dem Prinzip der Solidarhaftung der OHG. ergebe, notwendigerweise eine Belastung des anderen Gesellschafters; besonders dann, wenn der verschuldete Gesellschafter vermögenslos sei.

Irrig ist die Annahme, daß jedes Mitglied einer OHG. für alle Schulden seines Mitgesellschafters persönlich hafte. Die Gesamthaftung aller Gesellschafter gilt nur für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft selbst. Da zur Zwangsvollstreckung gegen die OHG. ein gegen sie selbst lautender Schuldtitel nötig ist (§ 124 Abs. 2 HGB.), so ergibt sich hieraus schon die Unangreifbarkeit des Gesellschaftsvermögens durch die Privatgläubiger eines Gesellschafters. Sie können nur seine abtretbaren (§ 717 BGB.) Gesellschaftsrechte pfänden (§ 851 ZPO.); so seine Ansprüche auf Zinsen, Gewinn oder Auseinandersetzungsguthaben. Daneben bleibt dem pfändbaren Privatgläubiger die Möglichkeit der Kündigung nach § 135 HGB., so daß ihm der Anteil des ihm verschuldeten Gesellschafters auf diese Weise zugänglich wird.

Ferner verkennt das LG. den Begriff des Kapitalanteils. Die Kapitalanteile stellen nicht die ziffernmäßige Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen dar. Denn solche ziffernmäßigen Anteile gibt es überhaupt nicht. Der Kapitalanteil ist vielmehr der gesetzliche Maßstab für die wirtschaftliche Beteiligung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftskapital (vgl. § 121, 122, 125 HGB.; RGZ. 117, 242 = JW. 1928, 2610[1] m. Anm.). Für das einzelne Geschäftsjahr bedeutet der Kapitalanteil die verhältnismäßige Beteiligung am Geschäftsergebnis des Jahres. Daher ist es nicht richtig, daß jede Veränderung, insbes. Verminderung des Kapitalanteils eines Gesellschafters sich notwendig auf den Kapitalanteil des anderen Gesellschafters auswirkt. Der Charakter des Kapitalkontos als ziffernmäßige wirtschaftliche Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftskapital ändert sich auch nicht dadurch, daß er zum Passivasaldo wird; auch ein solcher Gesellschafter nimmt am Jahresgewinn teil (§ 121 Abs. 1 und 3 HGB.). Die Annahme, jede Verschuldung des einen Gesellschafters bedeute notwendigerweise eine Belastung des anderen Gesellschafters, ist also nicht zutreffend.

Durch diese Rechtsauffassungen kann die Annahme eines übermäßigen Aufwandes beeinflußt sein, so daß aus diesem Grunde die Verurteilung wegen Konkursvergehens aufgehoben werden muß.

Die Rev. führt ferner aus, das Urteil habe den Begriff des Betriebswerts verkannt, da es ihn dem Beleihungswerte gleichsetze. Diese Rüge ist unbegründet. Die Frage, wie hoch ein Gebäude im Rahmen eines Geschäftsbetriebes zu bewerten ist, ob es zum Beleihungswert oder zum Verkaufswert anzusetzen ist, ist lediglich nach der vom Eigentümer geplanten Verwendung zu entscheiden. Im vorl. Falle sollten aber die Grundstücke nicht verkauft, sondern zum Geschäftsbetriebe benutzt werden. Der in ihnen steckende Wert war daher nur durch die Beleihung flüssig zu machen. Mit Recht hat es das LG. daher abgelehnt, den etwa höheren Verkaufswert durch

Beweiserhebung zu ermitteln. Die jetzige Behauptung, der wirkliche Betriebswert sei regelmäßig höher als der Beleihungswert, trifft offenbar auf den vorl. Fall nicht zu. Der Betriebswert eines Grundstücks in einem Betriebe, der in immer weiterem Umfange mit Verlust arbeitet, kann nicht größer gewesen sein als der Beleihungswert.

(2. Sen. v. 15. Juni 1936; 2 D 181/36.)

<= RGSt. 70, 260.>

*

46. §§ 17, 22 UnlWG. Das Recht, Strafantrag aus §§ 17, 22 UnlWG. zu stellen, hat die Muttergesellschaft auch dann, wenn Geheimnisse der rechtlich selbständigen Vertriebsgesellschaft verletzt sind, die lediglich den Zwecken der Muttergesellschaft dient und an der die Muttergesellschaft maßgeblich beteiligt ist. Die alsbaldige und bestimmte Kenntnis der Zahlungsbedingungen kann auch dann ein Geheimnis darstellen, wenn der Konkurrent die Möglichkeit hat, die Zahlungsbedingungen durch Umfrage bei den Kunden des Verletzten in Erfahrung zu bringen.†)

Mit bezug auf die Zahlungsbedingungen, deren Mitteilung an den Mitangeklagten G. als der Verrat eines Geschäftsgeheimnisses angesehen worden ist, spricht das Urteil aus, daß die mitgeteilten Bedingungen auf die Gestaltung der Zahlungsabmachungen hinwiesen, die sich im Laufe der Zeit in der Zusammenarbeit der Firma D. u. W. mit der Firma O. S. auf Grund der Kalkulation und der Kenntnis der Abnehmerschaft herausgebildet hatten. Damit ist hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß es sich um die Grundsätze geschäftlicher Übung bei dem Vertrieb der H.steine handelte, die der Angekl. Z. durch seine Mitteilung an G. preisgab. Sie waren ihm nach der Überzeugung des Gerichts durch seine Beschäftigung bei der Firma D. u. W. bekannt geworden. In diesen Ausführungen, mit denen das angefochtene Urteil bejaht hat, daß es sich hier um ein Geschäftsgeheimnis handelte, das der Angekl. Z. verraten hat, ist kein Rechtsmangel erkennbar.

Der nach § 22 UnlWG. erforderliche Strafantrag ist auch insoweit, als der Verrat der Zahlungsbedingungen in Frage steht, lediglich von der Firma D. u. W. gestellt worden. Die Rev. macht geltend, daß allein die Firma O. S. hinsichtlich der Verletzung dieses Geschäftsgeheimnisses zur Stellung des Antrags berechtigt gewesen wäre. Denn um deren Zahlungsbedingungen handle es sich.

Die StrK. hat den Strafantrag der Firma D. u. W. für ausreichend erachtet, weil diese die Schleifsteine herstellt und durch die Gesellschaft O. S., an der sie maßgeblich beteiligt ist, lediglich vertreibt. Bei dem engen Zusammenhang zwischen der Herstellung der Erzeugnisse und ihrem Vertrieb sei die Kalkulation für den Absatz, so meint die StrK., zugleich auch ein Geheimnis der Erzeugerfirma, also vorl. der Firma D. u. W. gewesen. So sieht die StrK. in dem Verrat der Zahlungsbedingungen der O. S.-GmbH. zugleich die Verletzung eines Rechtsgutes der Firma D. u. W. Dem ist unter den im Urteil dargelegten besonderen Verhältnissen zuzustimmen. Denn danach ist als erwiesen anzusehen, daß das Bestreben der Angekl. darauf gerichtet war, gegenüber der Monopolstellung der Firma D. u. W. in der Erzeugung von H.steinen ein Konkurrenzunternehmen aufzuziehen. Darauf zielten sie ab, als sie den Verrat der Zahlungsbedingungen der Vertriebsgesellschaft verübten. Nach dem Willen beider Angekl. und auch in der tatsächlichen Auswirkung richtete sich also der Verrat gegen die Monopolstellung der Firma D. u. W. als der Erzeugerfirma. Sie sollte getroffen werden, weil man auf diese unlautere Weise ihren Kundenkreis gewinnen wollte. Dieser erschöpfte sich nicht in der aus technischen und wirtschaftlichen Rücksichten für den Absatz der Steine eingeschobenen Vertriebsgesellschaft, sondern war in dem Kreis der einzelnen Abnehmer in ihrer Gesamtheit zu sehen. Daher ist auch die Firma D. u. W. durch die Straftat in ihrer Rechtsstellung, die sie insbes. auch durch ihre maßgebliche Beteiligung an der Vertriebsgesellschaft, die lediglich ihren Zwecken diente, inne hatte, unmittelbar beeinträchtigt worden. Es handelte sich für sie nicht um Nachteile, die sie erst in weiterer Folge, also nur mittelbar, hätten treffen können. Vielmehr war auch sie Träger des Rechtsguts, das durch die Straftat verletzt worden ist. Diese richtete sich deutlich gegen ihren geschäftlichen Frieden. Daher muß auch sie als zur Stellung des Strafantrags berechtigt angesehen werden.

Das Urteil stellt fest, daß der in den Zahlungsbedingungen mitgeteilte Brauch, der nicht den formularmäßigen Zahlungsbedingungen entsprach, sondern sich im Laufe der Zeit neben diesen auf Grund besonderer geschäftlicher Erfahrungen und Überlegungen herausgebildet hatte, nicht offenkundig war, sondern ein Geschäftsgeheimnis bildete, das dem Angekl. Z. durch seine Beschäftigung im Betrieb der Firma D. u. W. bekannt geworden war. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß hier die StrK. ein begründetes geschäftliches Interesse an der Geheimhaltung der Zahlungsbedingungen angenommen hat. Die Ausführungen im Urteil begegnen auch dem in der Rev. des Angekl. G. wiederholten Einwand, daß die Zahlungsbedingungen ja ohne weiteres von den Kunden hätten erfragt werden können. Die StrK. kommt bei ihrer Betrachtung hierüber zu dem Ergebnis, daß gerade die alsbaldige und bestimmte Kenntnis der Zahlungsbedingungen, wie sie durch die Mitteilung der Angekl. vermittelt worden ist, einen erheblichen Vorsprung für eine Konkurrenzfirma darstellte, den diese anders und insbes. durch eine Umfrage bei Kunden über die ihnen gestellten Zahlungsbedingungen nicht erzielt haben würde. Die tatsächliche Feststellung des Urteils, daß es sich nicht um die formularmäßigen Zahlungsbedingungen handelte, die in dem Prospekt der O. S.-GmbH. bekannt gemacht waren, ergibt zugleich die Folgerung, daß die als Geschäftsgeheimnis mitgeteilten Zahlungsgrundsätze nach dem Willen der O. S.-GmbH. und der Firma D. u. W. geheim gehalten werden sollten und geheim gehalten worden sind. Ihre naturgemäße Bekanntgabe an den einzelnen Kunden bei dem Abschluß eines Geschäfts machte sie ebensowenig offenkundig wie der Umstand, daß sie selbstredend der an der Vertriebsgesellschaft maßgeblich beteiligten Herstellerfirma D. u. W. bekannt waren, mit der zusammen sie auf Grund gemeinsamer geschäftlicher Erfahrungen aufgestellt worden waren.

(4. StrSen. v. 21. Aug. 1936; 4 D 293/36.)

Anmerkung: Die Erzeugerfirma ist an der Vertriebsgesellschaft, deren Zahlungsbedingungen verraten worden sind, lediglich maßgebend beteiligt. Das Urteil setzt sich über die selbständige Rechtspersönlichkeit der Vertriebsgesellschaft hinweg; es nimmt keinen Anstoß daran, daß auch noch andere Personen und Firmen an der Vertriebs-GmbH. mit beteiligt sind. Da die GmbH. lediglich den Zwecken des Hauptbeteiligten, der Erzeugerfirma, dient, so ist sie mit der Erzeugerfirma gleichzusetzen, wenn es sich um die Antragsbefugnis handelt. Dem ist beizupflichten. Eine Rechtskunst, die ihren Stolz darin setzte, das Leben zu sezieren und abseits von den Wirklichkeiten des wirtschaftlichen Lebens ein konstruktives Eigendasein zu führen, trennte unerbittlich zwischen der Muttergesellschaft und der von ihr gegründeten, von ihr abhängigen Tochtergesellschaft. Die höchste Leistung der damaligen Juristen war der Schutz der Einmann-Gesellschaft vor jeder Verantwortung. Sie schufen rechtsleere Räume, indem sie jede Verbindung zwischen dem Gründer und Beherrscher und seinem abhängigen Produkt, der äußerlich selbständigen GmbH. leugneten. Sie haben damit der Gerechtigkeit unendliche Hindernisse in den Weg gestellt. Die Zeiten, da zwischen den Menschen und sein Werk von rechtskundiger Hand eine Fiktion eingeschoben wurde, sind vorüber. Nicht die formale Verschiedenheit, sondern die wirtschaftliche Identität entscheidet. Deshalb darf sich die Erzeugerfirma verletzt fühlen, wenn die unter ihrer Herrschaft von der abhängigen Vertriebs-GmbH. geübten Zahlungsbedingungen verraten werden. Es ist zu begrüßen, daß hier das höchste Gericht wieder einmal einem Erzeugnis des zersetzenden jüdischen Rechtsdenkens ein Ende bereitet hat.

Daß Zahlungsbedingungen, die doch dem Kreise der von ihnen betroffenen Kunden bekannt werden, ein Geheimnis der-

stellen können, mag manchem fernliegen. Oft genug sind aber Methoden der Kundenbehandlung bei Gleichheit der Erzeugung und der Preise die einzigen Wege zur Erhaltung und zum Ausbau des Kundenkreises. Diese Wege werden erfolglos, wenn alle sie beschreiten. Daher kann der Wille des Verkäufers durchaus auf Geheimhaltung solcher Behandlungsmethoden, z. B. Dauer der Zahlungsziele, die eingeräumt, Höhe der Skonti, die bewilligt werden, Ausmaß der Frachtrückvergütungen, die gewährt werden, gerichtet sein. Der Verräter wird immer den Einwand bringen, der, an den er das Geheimnis verraten hat, hätte die Behandlungsmethoden ja auch durch Befragung der Kunden des Verletzten unschwer in Erfahrung bringen können. Was man aber durch eine Umfrage in Erfahrung bringen könne, das sei kein Geheimnis. Aber erst wenn die Umfrage beantwortet ist, hören die Methoden, auf die sich die Anfrage richtet, auf, ein Geheimnis zu sein. Solange und soweit nicht die Umfrage Ergebnisse erbracht hat, bleibt das Geheimnis bestehen. Ob die Umfrage überhaupt vollständige und brauchbare Resultate ergeben wird, ist ungewiß. Das ist ein Schutz für den, der das Geheimnis hütet. Deshalb stellt die alsbaldige und bestimmte Kenntnis der Behandlungsmethoden einen Vorteil oder wie das RG. sagt, einen Vorsprung für die Konkurrenzfirmen dar. Und deshalb ist die Bekanntgabe der Behandlungsmethoden durch die Angestellten Geheimnisverrat.

RA. Dr. Culemann, Düsseldorf.

*

47. § 22 KraftfG. Die hilflose Lage des Verletzten dauert so lange an, als nicht die Gewißheit besteht, daß ihm von anderen wirklich die nötige Hilfe zuteil wird.

N. war tödlich verletzt und lag in nächtlicher Dunkelheit auf freier Landstraße. Er befand sich zwar in Begleitung von zwei Kameraden, von denen aber der eine durch den Kraftwagen des Angekl. gleichfalls zu Boden geschleudert worden war. Der Angekl. hat „den Unfall wahrgenommen" und „gewußt, daß er den Angefahrenen verletzt habe", daß dieser sich also in Gefahr für Leib oder Leben befand und annehmbar auf fremde Hilfe angewiesen war. Er wußte aber nicht, ob noch Unverletzte an der Unfallstelle waren, die helfen konnten.

Die Anwesenheit der beiden Kameraden stand der Verurteilung des Angekl. aus § 22 Abs. 2 KraftfG. nicht entgegen. Im Sinne dieser Bestimmung dauerte die hilflose Lage N.s jedenfalls so lange an, als nicht die Gewißheit bestand, daß ihm von anderen auch wirklich die nötige Hilfe zuteil wurde (RGUrt. v. 19. Febr. 1926, 1 D 650/25 [teilw. abgedr.: Recht 30 Nr. 982]). Die Kameraden waren aber bei dem gegebenen Sachverhalt trotz besten Willens nicht zu einer solchen Hilfe imstande, wie sie der Verletzte benötigte. Aus seiner hilflosen Lage konnte er nur durch schnellste Überführung in ärztliche Behandlung befreit werden.

Wenn der Angekl., wie festgestellt, sich dessen bewußt war, daß die bei dem Unfall verletzte Person sich in hilfloser Lage befand, so durfte daraus, daß er trotzdem mit seinem — gerade zur Hilfeleistung benötigten — Kraftwagen schnell davonfuhr, darauf geschlossen werden, daß er den Verunglückten vorsätzlich in hilfloser Lage verlassen hat. Darauf, ob der beim Fortfahren des Angekl. noch lebende N. noch zu retten gewesen wäre, wenn der Angekl. ihn zum nächsten Arzt gefahren hätte, kommt es für den Tatbestand des § 22 Abs. 2 KraftfG. nicht an.

(2. Sen. v. 19. Okt. 1936; 2 D 447/36.)

*

48. § 25 RStraßVerkO.; § 27 Abs. 1 S. 3 AusfAnw. hierzu. Das Vorfahrtrecht gibt nur Vorschriften darüber, welches von mehreren Fahrzeugen, die sich demselben Punkte der Fahrbahn nähern, ungehindert weiterfahren darf. Ihrem Inhalte nach geben daher die Bestimmungen über das Vorfahrtrecht nur Weisung für das Verhalten von Fahrzeugen, die diesen Schnittpunkt der Fahrbahnen noch nicht erreicht haben. In dem Fall, daß eines der Fahrzeuge den Schnittpunkt schon erreicht hat oder sich schon in seiner unmittelbaren Nähe befindet, kann sich niemand auf ein Vorfahrtrecht berufen. In diesem Fall hat jeder Fahrzeugführer das zu tun, was nach Lage der Sache geboten ist, um niemand zu schädigen oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar zu behindern oder zu belästigen.

Soweit das Vorfahrtrecht besteht, kann der Vorfahrtsberechtigte darauf vertrauen, daß ihm der andere die Vorfahrt überlassen werde. Der Vorfahrtberechtigte ist auch nicht verpflichtet, den anderen ständig im Auge zu behalten und abzuwarten, ob er seiner Verpflichtung genügen werde, sondern kann seine Geschwindigkeit beibehalten in dem Vertrauen darauf, daß der andere ihn vorbeilassen werde. Erst wenn er Anhaltspunkte dafür hat, daß sein Recht von dem anderen nicht beachtet werde, muß er in dem oben angegebenen Sinne verfahren (RGUrt. vom 25. Okt. 1935, 4 D 884/35: JW. 1936, 450 [12]).

(1. Sen. v. 3. Nov. 1936; 1 D 648/36.)

*

49. § 27 RStraßVerkO.

1. Die Straßenbahn ist grundsätzlich nicht vorfahrtsberechtigt.

2. Der Vorfahrtsberechtigte darf sich grundsätzlich auf sein Recht verlassen. Nur wenn besondere Umstände erkennen lassen, daß das Vorfahrtsrecht von anderen nicht beachtet wird, muß er sein Verhalten danach einrichten (u. a. RGUrt. 4 D 884/35 v. 25. Okt. 1935: JW. 1936, 450 [12] u. 6 D 575/35 v. 4. März 1936: JW. 1936, 1914 [31]).

Zu 1. Wie aus den §§ 26, 27, 28 RStraßVerkO. und den Ausführungen zu den §§ 26, 27, 28 in der AusfAnw. hervorgeht, sind auch Straßenbahnen als Schienenfahrzeuge in die Regelung des Vorfahrtsrechts ausdrücklich mit einbezogen. Im § 27 Abs. 2 AusfAnw. ist nochmals betont, was an sich bereits aus § 27 Abs. 1 RStraßVerkO. selbst hervorgeht, daß Kraftfahrzeuge und Schienenfahrzeuge hinsichtlich der Vorfahrt untereinander gleichberechtigt sind. Nur das besondere Vorrecht der Eisenbahn (§ 79 BetrO. 1934 [RGBl. 1934, II, 1053]) ist nach Satz 4 unberührt geblieben, und § 27 Abs. 1 RStraßVerkO. findet nur auf Kreuzungen von Straßen mit Eisenbahnstrecken keine Anwendung. Daraus folgt erst recht, daß grundsätzlich die Vorschriften der RStraßVerkO. und der AusfAnw. auf Straßenbahnen Anwendung finden. Die Meinung des BeschwF., die Straßenbahn auf dem „W.-Damm" in D. sei der Eisenbahn gleichzustellen, weil sie auf einem besonderen Bahnkörper liege, ist nach dem Urteilsinhalt schon nicht richtig, weil die Straßenbahn innerhalb der Straße liegt und somit nicht auf einem besonderen Bahnkörper. Es braucht auf diese Frage also nicht weiter eingegangen zu werden. Für die Kreuzung der Straße und der Gleise kann kein besonderes Vorrecht der Straßenbahn aus den Vorschriften der RStraßVerkO. und der AusfAnw. abgeleitet werden; es bleibt vielmehr bei der allgemeinen Regelung (vgl. auch RGUrt. 6 D 575/35 v. 4. März 1936: JW. 1936, 1914 [31]).

(1. Sen. v. 8. Sept. 1936; 1 D 649/36.)

*

50. Eine Verurteilung gem. § 2, § 5 Abs. 2 BlutschutzG. ist nur möglich, falls der Angekl. mindestens zu 75% Blutteilen Jude ist (§ 5 Abs. 1 VO. z. RBürgerG. v. 14. Nov. 1935 [RGBl. I, 1333]) und die Zeugin Staatsangehörige i. S. von § 1 RBürgerG. und des § 1 der 1. VO. zur Ausführung des Ges. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre

und mindestens zu 75% Blutteilen deutschblütig ist (§ 11 Abs. 1 Satz 2 der 1. VO. zur Ausführung des Ges. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 14. Nov. 1935 [RGBl. I, 1334]).

Wie der erk. Sen. in RGSt. 70, 218 = JW. 1936, 1780 [16] ausgeführt hat, sind auch die Tatbestandsmerkmale der Rassenschande, daß der eine Teil Jude und der andere deutschblütiger Staatsangehöriger ist, im Wege der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO.) zu prüfen. Es ist also nicht erforderlich, daß in jedem Falle vom Gericht zum Zwecke jener Prüfung ein mit Urkunden zu belegender Stammbaum aufgestellt werden muß. Vielfach kann es sich mit den Angaben der Beteiligten begnügen, wenn sie durch sonstige Umstände bestätigt oder ergänzt werden. Jedenfalls muß mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Schutzes des deutschen Blutes und auf die Schwere des Verbrechens der Rassenschande vom Instanzgericht gefordert werden, daß es die erforderlichen Prüfungen sorgfältig anstellt.

(2. Sen. v. 12. Okt. 1936; 2 D 633/36.)

*

51. § 7 GeschlKrG. v. 18. Febr. 1927 (RGBl. I, 61). Unter einer „Behandlung von Geschlechtskrankheiten und Krankheiten oder Leiden der Geschlechtsorgane" versteht diese Vorschrift auch eine Untersuchung auf das Vorhandensein solcher Krankheiten oder Leiden, selbst wenn für den Fall der Feststellung solcher Krankheiten oder Leiden keine Heilbehandlung in Aussicht genommen wird (RGSt. 63, 200).

(5. Sen. v. 22. Okt. 1936; 5 D 703/36.)

Strafprozeßordnung

52. Grundsätzlich muß die — glaubhafte — Aussage auch der in § 61 Nr. 2 StPO. aufgeführten Zeugen beeidigt werden, und es steht dem Gericht nur dann frei, von der Vereidigung abzusehen, wenn Anzeichen dafür ersichtlich sind, daß der Zeuge aus Voreingenommenheit gegen den Angekl. mit seinen Angaben von der Wahrheit abweicht (seit JW. 1934, 2980 [21] = RGSt. 68, 310 ständige Rspr.).

(1. Sen. v. 29. Sept. 1936; 1 D 758/36.)

*

53. § 245 StPO. Die Begründung eines Beschlusses, durch den ein Beweisantrag abgelehnt wird, muß so gehalten sein, daß der Antragsteller über die rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen des Gerichts, die zur Ablehnung geführt haben, aufgeklärt und in die Lage versetzt wird, die weitere Verfolgung seiner Rechte danach einzurichten. Deshalb können die Gründe, die der Gerichtsbeschluß selbst vermissen läßt, im Urteil nicht mehr wirksam nachgeholt werden (RGEntsch. 1 D 110/29 v. 5. April 1929: JW. 1929, 2738 [36]).

(4. Sen. v. 16. Okt. 1936; 4 D 768/36.)

*

54. § 245 Abs. 2 StPO. Ablehnung eines Beweisantrags.

Nach § 245 Abs. 2 StPO. kann die Erhebung eines Beweises abgelehnt werden, wenn eine an sich erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angekl. bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre sie wahr. Diese Annahme als wahr, mit der schon nach der bisherigen Rspr. des RG. die Ablehnung eines Beweisantrags unter derartigen Umständen begründet werden konnte, darf jedoch nicht so geschehen, daß das Gericht annimmt, der Zeuge werde bekunden, was der Angekl. als Beweisführer behauptet, aber sich die Entsch. darüber, ob die behauptete Tatsache für wahr zu erachten ist oder nicht, vorbehält. Jede Einengung oder Verschiebung oder sonstige Änderung der Tatsache in ihrem wirklichen Sinn und ihrem vollen Inhalt ist unzulässig (vgl. dazu RGSt. 64, 432/433; RGE. 2 D 368/29 v. 21. Nov. 1929 = JW. 1930, 1971 [30]; 1 D 504/30 vom 11. Juli 1930 = JW. 1930, 3325 [18]; 2 D 1080/30 vom 29. Jan. 1931 = JW. 1931, 1039 [17]; 2 D 339/32 vom 13. Juni 1932 = JW. 1932, 3101 [54] und 3 D 29/36 vom 17. Febr. 1936 = JW. 1936, 1132 [11]).

(4. Sen. v. 29. Sept. 1936; 4 D 640/36.)

*

55. § 338 Ziff. 1 StPO. Das erk. Gericht ist i. S. des § 338 Ziff. 1 StPO. nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, wenn ein Schöffe während eines nicht unerheblichen Zeitraumes fest geschlafen hat, so daß er den wesentlichen Vorgängen, die sich in der Hauptverhandlung während dieser Zeitspanne ereignet haben, nicht mehr hat folgen können (vgl. RGSt. 60, 63; RG., 1 D 1273/32 v. 27. Jan. 1933).

(5. Sen. v. 29. Okt. 1936; 5 D 701/36.)

*

56. § 338 Nr. 1 StPO.; §§ 42, 51 GVG.; RGes. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188). Die Mitwirkung eines nicht beeidigten Geschworenen nach dem 1. Juli 1933 hat wieder die bisher in den Prozeßgesetzen geregelte Folge, daß nach § 338 Nr. 1 StPO. das Urteil wegen nicht ordnungsmäßiger Besetzung des Gerichts aufgehoben werden muß.

In der Hauptverhandlung haben drei Geschworene mitgewirkt, die entgegen §§ 51, 84 GVG. als Geschworene noch nicht vereidigt worden waren. Denn nach der amtlichen Auskunft des LGPräs. v. 12. Okt. 1936 sind die drei Geschworenen für das Geschworenenamt für die Wahlperiode 2. Halbjahr 1933 und Kalenderjahr 1934 wie auch für diejenige der Jahre 1935/36 ausgewählt worden. Beeidigt sind sie aber nur für die erstgenannte Wahlperiode worden, dagegen nicht für die Wahlperiode 1935/36. Nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GVG. gilt die Beeidigung für die Dauer der Wahlperiode. Diese beträgt regelmäßig nach § 42 GVG. zwei Jahre. Nach dem RGes. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188) Kap. I § 1 endigte die im ersten Halbjahr laufende Wahlperiode der Geschworenen mit dem 30. Juni 1933; und die mit dem 1. Juli 1933 beginnende neue Wahlperiode endete mit dem 31. Dez. 1934. Danach waren die drei Geschworenen für die in Frage kommende Wahlperiode 1935/36 noch nicht beeidigt worden.

Nach der bisherigen Rspr. hatte die Mitwirkung eines nicht beeidigten Geschworenen zur Folge, daß das erkennende Gericht i. S. des § 338 Nr. 1 StPO. nicht ordnungsmäßig besetzt war, so daß auf die Rüge dieses Mangels hin das Urteil aufgehoben werden mußte (RGSt. 61, 375). Der Angekl. hat in der Hauptverhandlung durch seinen Verteidiger ausgeführt, diese Rechtsansicht lasse sich im nationalsozialistischen Staate nicht mehr aufrechterhalten, da sie dazu zwinge, wegen rein formaler Gründe ein vielleicht völlig zutreffendes Urteil aufzuheben. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Daß die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts noch nach dem Umbruch einen zwingenden Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 1 bildet, zeigt das RGes. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188), Kap. III § 7, wonach nur die nicht vorschriftsmäßige Besetzung eines Gerichts in der Zeit vom 21. März bis 1. Juli 1933 als Revisionsgrund ausscheidet. Daraus folgt ohne weiteres, daß eine nicht ordnungsmäßige Besetzung eines Gerichts

nach dem 1. Juli 1933 wieder die bisher in den Prozeßgesetzen geregelten Wirkungen haben soll.

Eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts liegt aber auch dann vor, falls als Richter ein auf sein Amt nicht beeidigter Geschworener teilnimmt. Denn durch die Eidesleistung übernimmt es der Geschworene nach § 51 Abs. 2 GVG. unter Anrufung Gottes, die Pflichten eines Geschworenen getreulich zu erfüllen und seine Stimme nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben. Dieses eidliche Gelöbnis enthält für die nicht ständig zur Mitwirkung an der richterlichen Tätigkeit berufenen Laienrichter den feierlichen Hinweis auf die Bedeutung des von ihnen auszuübenden Richteramtes. Eine solche eidliche Verpflichtung der Laienrichter muß auch vom Standpunkt der heutigen Rechts- und Weltanschauung als ein unbedingtes Erfordernis für die Ausübung des Amtes eines Geschworenen angesehen werden. Ein SchwG., das unter Mitwirkung eines nicht auf die Pflichten seines Amtes vereidigten Geschworenen urteilt, ist daher nicht ordnungsmäßig besetzt. Sein Urteil unterliegt nach § 338 Nr. 1 StPO. ohne weitere Prüfung der Aufhebung.

(2. Sen. v. 26. Okt. 1936; 2 D 581/36.)

*

57. Nach § 354 Abs. 2 StPO. muß die Zurückverweisung im Regelfalle an das Gericht, dessen Urteil aufgehoben ist, oder an ein demselben deutschen Lande angehöriges benachbartes Gericht gleicher Ordnung erfolgen. Von dieser Bestimmung ist durch den Übergang aller Hoheitsrechte der Länder auf das Reich zwar die Bestimmung gegenstandslos geworden, daß das andere Gericht demselben deutschen Lande angehören muß (vgl. RGSt. 68, 353/356 = JW. 1935, 290 [18] m. Anm.), nicht aber die Bestimmung, daß das andere Gericht „benachbart" sein muß.

(5. Sen. v. 12. Okt. 1936; 5 D 604/36.)

Straffreiheitsgesetz

59. § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. Sind zwei Einzelfreiheitsstrafen, neben denen auf Geldstrafe zu erkennen ist, zu einer unter sechs Monaten bleibenden Gesamtstrafe zu vereinigen, so findet nach § 2 StraffreihG. keine Niederschlagung statt, wenn auch nur eine der beiden neben der Gesamtstrafe bestehenden Geldstrafen die für die Niederschlagung gezogene Grenze überschreitet (vgl. RGUrt. vom 4. Okt. 1934, 3 D 543/34 = JW. 1934, 3059 [10] und 3286 [27] und v. 1. Okt. 1935, 4 D 398/35 = JW. 1936, 655 [21]).

(3. Sen. v. 12. Okt. 1936; 3 D 268/36.)

Reichserbhofgericht

Bemerkung. Die Entscheidungen des Reichserbhofgerichts und der Erbhofgerichte sind in geschlossener Folge zuletzt JW. 1936, 3235 (Heft 47 v. 21. Nov. 1936) abgedruckt.

Die nächste Zusammenstellung wird in Heft 51/52 v. 19. Dez. 1936 veröffentlicht. Hn.

Erbgesundheitsobergerichte

Fortsetzung der Veröffentlichungen aus JW. 1936, 3053 ff. (Heft 44)

Jena

60. § 12 ErbkrNachwGes. Die Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens ist zulässig und nicht abhängig von der Zustimmung des Antrags- und Beschwerdeberechtigten.

Der berufslose Reinhold S. ist 20 Jahre alt. Aus der Sippschaftstafel ergibt sich, daß seine Mutter nervenleidend, sein Vater geschwätzig, aufbrausend und etwas theatralisch ist. Der Bruder Fritz hat die Hilfsschule besucht, Reinhold selbst die Volksschule. Er war ein mittelmäßiger Schüler, seine Leistungen litten unter einer Sprachstörung; sitzengeblieben ist er nicht. In der Gewerbeschule, die er 1930—1935 besuchte, fiel er durch aufgeregte und exzentrische Reden auf. Damals konstruierte er brieflich verwickelte Kriminalfälle und bot sich als Detektiv und Filmschauspieler an. Er ohrfeigte seine Mutter, weil ihm das Essen nicht zusagte. S. wollte Glasbläser werden wie sein Vater, hat aber in verschiedenen Lehrstellen nicht ausgelernt. Vom Oktober 1934 bis April 1935 war er im Arbeitsdienst und hat sich dort gut geführt.

Der Amtsarzt hat beantragt, S. wegen Schizophrenie unfruchtbar zu machen. Das ErbgesGer. hat S. in der Psychiatrischen Klinik in J. beobachten und begutachten lassen. Das nach einem vierwöchigen Klinikaufenthalt erstattete Gutachten führt aus, daß S. körperlich gesund ist. Er bot in der Anstalt das Bild eines großsprecherischen, überheblichen und ethisch defekten Psychopathen. Die auffallende Stumpfheit seiner ethischen Gefühle, gewisse Manieren im sprachlichen Ausdruck und ein eigenartiges Grimassieren legten den Gedanken nahe, daß es sich vielleicht um die Folgen eines früher durchgemachten schizophrenen Schubs handelt, aber ein sicherer Beweis war dafür bisher nicht zu erbringen.

Das ErbgesGer. hat auf Grund dieses Gutachtens den Antrag des Amtsarztes abgelehnt. In der Beschw. macht dieser geltend, wenn Schizophrenie nicht festzustellen sei, so bestehe doch zweifellos ein angeborener Schwachsinn, der sich vor allem in einer erheblichen Urteilsschwäche und der Unfähigkeit äußere, sich in einen Beruf einzugliedern. Demnach sei S. wegen angeborenen Schwachsinns unfruchtbar zu machen.

Der Senat hat den S. heute einer eingehenden Intelligenzprüfung unterzogen. S. leidet nicht an angeborenem Schwachsinn.

Aber die Frage der Schizophrenie ist noch nicht geklärt. Nach dem Gutachten der Psychiatrischen Klinik ist durchaus möglich, daß S. früher einen schizophrenen Schub durchgemacht hat; nach dem jetzigen Befund läßt sich aber Schizophrenie bisher nicht einwandfrei feststellen.

Auffallend war das Verhalten des S. im heutigen Termin. Er zeigte dabei manierenartige Eigenarten und Absonderlichkeiten im Benehmen und Ausdruck, schmatzte beim Sprechen, hatte völlig schiefe Auffassungen von seinen Fähigkeiten und Arbeitsmöglichkeiten. Kennzeichnend ist ferner sein an den Senat gerichteter Brief, in dem er in überaus phrasenhafter, gespreizter und geschraubter Weise seiner Unfruchtbarmachung widerspricht. Alles das legt den Gedanken nahe, daß es sich hier doch um eine Schizophrenie handelt. Aber die vierwöchige klinische Beobachtung hat zu keiner einwandfreien Feststellung geführt, andere Erkenntnisquellen sind nicht vorhanden. Nach dem heutigen Zustand des S. besteht jedoch die Wahrscheinlichkeit, daß nach Ablauf eines Jahres eine sichere Begutachtung möglich sein wird.

Es handelt sich also hier um einen der Ausnahmefälle, in denen eine Aussetzung des Verfahrens geboten ist, wie der Senat schon in der Entsch. JW. 1936, 273 [53] ausgeführt hat.

Das ErbgesObGer. Berlin hält JW. 1936, 1991 [70] die Aussetzung nur für zulässig, wenn die Antrags- und Beschwerdeberechtigten ihr zustimmen. Der Senat teilt diese An-

sicht nicht. Maßfeller („Der Erbarzt" 1936, 106) führt mit Recht aus, daß die ErbgesGer., wenn auch auf Antrag, so doch allein und ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig werden. Das Verfahren ist daher so zu gestalten, daß der Zweck des Gesetzes möglichst vollständig erreicht wird (Ristow, Ehegesundheitsrecht S. 45). Wenn das Gericht eine Aussetzung für geboten hält, muß es diese Anordnung treffen können, ohne an die Zustimmung der Antrags- und Beschwerdeberechtigten gebunden zu sein (vgl. auch ErbgesObGer. Jena: JW. 1936, 273 [53]). Der Senat hat daher das Verfahren bis zum 1. Okt. 1936 ausgesetzt.

(ErbgesObGer. Jena, Beschl. v. 23. Sept. 1936, Wg 378/36.)

*

Kassel

61. §1 Abs. 1 Ziff. c EhegesundhG. v. 18. Okt. 1935. Selbst wenn Intelligenzdefekte und psychopathische Züge fehlen, wird man schon in einer ausgesprochenen verbrecherischen Veranlagung als solcher eine „geistige Störung" i. S. von §1 Abs. 1 Ziff. c erblicken können, wenn die Unterentwicklung der normalen ethischen und sozialen Antriebe den Träger auf den Weg des Verbrechens zwingt und ihm die Rückkehr zu einem geordneten Leben unmöglich macht.†)

Das Gesundheitsamt hat das Ehetauglichkeitszeugnis verweigert, „weil die Ehe nicht im Interesse der deutschen Volksgemeinschaft liegt (Zuchthausstrafe)".

Die Versagung stützt sich auf § 1 Abs. 1 Ziff. c EhegesundhG. v. 18. Okt. 1935, wonach eine Ehe nicht geschlossen werden darf, wenn einer der Verlobten an einer geistigen Störung leidet, die die Ehe für die Volksgemeinschaft unerwünscht erscheinen läßt.

1. Eine solche „geistige Störung" könnte zunächst erblickt werden in einer Intelligenzschwäche, die, wenn sie bereits nach Art und Ausmaß als Schwachsinn anzusehen ist, schon ein Ehehindernis nach Ziff. d darstellt, die aber auch, wenn sie zur Annahme von Schwachsinn nicht ausreicht, eine „geistige Störung" i. S. von Ziff. c bilden kann, namentlich wenn sie gepaart ist mit psychopathischen und asozialen Zügen. Darüber hinaus können aber auch ohne Vorliegen einer Intelligenzschwäche Psychopathien und Psychosen als solche eine „geistige Störung" i. S. von Ziff. c darstellen, die die Ehe für die Volksgemeinschaft unerwünscht erscheinen lassen. Indessen liegt bei K. weder ein Intelligenzdefekt, noch liegen irgendwie ins Gewicht fallende psychopathische Züge vor. Dies wird auch augenscheinlich von dem Gesundheitsamt nicht angenommen, da die Versagung des Ehetauglichkeitszeugnisses nur auf die Vorstrafen des Verlobten gestützt worden ist.

2. Über Werdegang und Vorstrafen des Verlobten K. ist folgendes festgestellt:

K. stammt von ordentlichen Eltern und aus geordneten häuslichen Verhältnissen. Über Belastungen in der Familie K.s ist nur so viel bekannt, daß eins von seinen neun Geschwistern, der Bruder Hi., an einer der Straftaten K.s mitbeteiligt gewesen ist. K. selbst ist nicht unerheblich vorbestraft. Bis zum 15. Lebensjahr ließ er sich nichts zuschulden kommen, dann wurde er als Lehrling in einer Glasbläserei von einem älteren Kameraden zu einem gemeinschaftlichen Gelddiebstahl veranlaßt, wofür er eine Woche Gefängnis erhielt. Im Jahre 1919 (17jährig) verjubelte er mit noch anderen Komplicen Geld, das der schon erwähnte Bruder unterschlagen hatte. K. wurde deshalb wegen Hehlerei zu einem Monat Gefängnis bestraft. Durch Beschl. des AG. v. 24. Febr. 1919 wurde K. dann der Fürsorgeerziehung überwiesen. Der Durchführung der Fürsorgeerziehung entzog er sich aber durch die Flucht und trat 1920 in die Fremdenlegion ein. 1926 kam er von dort in die Heimat zurück. Noch im gleichen Jahre verabredete er mit mehreren anderen einen Raubüberfall auf eine Kassiererin. An dem eigentlichen Überfall, der in einem Hausflur stattfand, beteiligte sich K. nicht, sondern er „stand draußen Schmiere". Er erhielt 5 Jahre Zuchthaus wegen gemeinschaftlichen schweren Raubes. Nach Verbüßung der Strafe am 22. Aug. 1931 wurde er alsbald wieder straffällig, indem er am 30. Sept. 1931 zusammen mit einem anderen in W. in dem dortigen Pfarrhaus einen Einbruchsdiebstahl ausführte. Er wurde deswegen mit 1 Jahr 3 Monaten Gefängnis bestraft, zugleich auch wegen unbefugten Waffenbesitzes, weil er bei der Tat einen Walzenrevolver mitgeführt hatte. Nach Verbüßung dieser Strafe am 30. März 1933 ist er nicht wieder straffällig geworden. Vielmehr hat er seitdem ständig in Arbeit gestanden, und zwar als Tiefbauarbeiter bei verschiedenen Baufirmen. Die von diesen Firmen eingeholten Auskünfte haben dies bestätigt und nichts Nachteiliges über Führung und Arbeitsleistung des K. ergeben.

Das ErbgesGer. hat aus diesem Werdegang des K. eine „geistige Störung" i. S. der Ziff. c nicht herleiten können.

Wie bereits gesagt, handelt es sich bei K. nicht etwa um einen Menschen, bei dem die strafbaren Handlungen Ausfluß einer psychopathischen Veranlagung sind oder bei dem die Straftaten oder die Art ihrer Ausführung auf Psychopathie oder psychotische Zustände schließen ließe (vgl. hierzu Gütt-Linden-Maßfeller, EhegesundhG. S. 67, 69).

Allerdings kann nach Auffassung des ErbgesGer. unter Umständen auch schon in einer verbrecherischen Veranlagung als solcher eine „geistige Störung" i. S. von § 1 Abs. 1 Ziff. c EhegesundhG. erblickt werden. Nach der Ansicht des Gerichts muß es sich dann aber handeln um das, was man einen „geborenen Verbrecher" genannt hat, also um eine auf angeborener Anlage beruhende Unterentwicklung der normalen ethischen und sozialen Antriebe, die den Träger auf den Weg des Verbrechens zwingt und ihm die Rückkehr zu einem geordneten Leben unmöglich macht. Eine solche Unterfunktion der normalen ethischen Empfindungen wird man auch als „geistige Störung" im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung ansehen müssen.

Davon, daß es sich bei K. um einen solchen Menschen handelt, hat sich das ErbgesGer. nicht überzeugen können. Denn wenn auch unzweifelhaft bei ihm eine asoziale Veranlagung und Schwäche der ethischen Antriebe vorliegt, so zeigt doch andererseits gerade der Umstand, daß er seit 1933 ein geordnetes Leben mit ständiger Arbeit geführt hat, daß er seinen Willen auch dem Gesetze gemäß einrichten kann, sei es vielleicht auch nur mit Rücksicht auf die seitdem wieder zur Geltung gelangte strenge Beurteilung kriminellen Verhaltens und aus Furcht vor Sicherungsverwahrung. Dies steht nach Auffassung des ErbgesGer. der Annahme einer derartig eingewurzelten verbrecherischen Veranlagung, daß man sie als „geistige Störung" ansprechen könnte, entgegen.

Da im übrigen Ehehindernisse, wie auch das Gesundheitsamt annimmt, nicht vorliegen, insbes. auch nicht in der Person der Braut, so hat das ErbgesGer. die Genehmigung zu der beabsichtigten Eheschließung erteilt.

(ErbgesGer. Kassel, Beschl. v. 7. Okt. 1936, 20 XIV 7/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist beizutreten. Die Tatsache allein, daß jemand früher einmal ein verbrecherisches Leben geführt hat, reicht zur Versagung des Ehetauglichkeitszeugnisses nach § 1 Abs. 1 Buchst. c EhegesundhG. nicht aus. Dies ergibt sich auch zweifelsfrei aus der amtlichen Begründung zu dem Gesetz, in der ausgeführt wird, daß unter Buchst. c auch die Personen fallen, bei denen Geistesschwäche oder geistige Störungen vorliegen, die zu schwerer Psychopathie, Psychose oder zu verbrecherischem und gemeinschaftsgefährlichem Verhalten geführt haben. Es ist sicher richtig, daß man aus dem verbrecherischen Verhalten eines Menschen auf das Vorliegen von geistigen Störungen schließen kann. Immerhin wird man bei Menschen, die zwar vor 1933 ein verbrecherisches Leben geführt, sich dann aber straffrei geführt und der Gemeinschaft eingegliedert haben, nur unter besonderen Umständen annehmen können, daß ihre frühere Betätigung auf einer geistigen Störung beruht, die sie eheuntauglich macht. In der Regel wird die frühere Betätigung in solchen Fällen auf Umweltbedingungen zurückzuführen sein, weniger auf erbliche Veranlagung. Und dieser Umstand muß bei der Entscheidung über die Erteilung oder Versagung des Ehetauglichkeitszeugnisses erheblich ins Gewicht fallen.

AGR. Maßfeller, Berlin.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Bürgerliches Gesetzbuch

62. §§ 286, 325 ff., 651, 196, 198 BGB. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages ist ein neuer selbständiger Anspruch, für den eine eigene Verjährung unabhängig von dem für die Verjährung des ursprünglichen Vertragsanspruches maßgebenden Zeitpunkt beginnt. †)

Es handelt sich um einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Zuwiderhandlung der Bekl. gegen die Pflichten eines mit dem Kl. geschlossenen Werklieferungsvertrages. Daß die bestimmte Lossagung einer Vertragspartei vom Vertrage und die endgültige Verweigerung der Vertragserfüllung, selbst wenn sie vor der Fälligkeit der vertraglich übernommenen Leistung erfolgt, als eine sogenannte positive Vertragsverletzung zu gelten hat, ist anzuerkennen (vgl. RGZ. 57, 105; 93, 285).

Der Anspruch des Kl. ist jedoch verjährt.

Wie in RGZ. 128, 79 = JW. 1930, 2212 Anm.; JW. 1930, 2778 ausgeführt ist, besteht das Wesen eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages, und zwar gerade auch im Falle der positiven Vertragsverletzung darin, daß an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile eine einseitige reine Geldforderung des Ersatzberechtigten tritt, die sich nach der Verschlechterung bemißt, welche seine wirtschaftliche Stellung durch das Unterbleiben des Vertragsvollzugs erfahren hat. Demgemäß unterliegt ein solcher Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Verjährung mit der sich aus den folgenden Ausführungen ergebenden Besonderheit denselben Vorschr., die auch für den ursprünglichen Vertragsanspruch maßgebend waren (vgl. auch RGZ. 116, 285). Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Kl. aus dem Werklieferungsvertrage wäre aber nach Maßgabe des § 196 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 BGB. in vier Jahren verjährt. Nun ist allerdings für den Beginn der Verjährung gem. § 198 BGB. die Entstehung des Anspruchs maßgebend. Es mag zutreffen, daß der ursprüngliche vertragliche Anspruch auf eine größere Anzahl von Teilvergütungen erst im Verlauf der Jahre 1931 und 1932 zur Entstehung gelangen sollte. Allein die Ansicht, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht früher verjähren könne, als die Verjährung des vertraglichen Vergütungsanspruchs eingetreten sei, ist von dem höchsten Gerichtshof a. a. O. zutreffend abgelehnt worden. Vielmehr ist, wie das RG. dort ausgeführt hat, der Beginn der Verjährung des Schadensersatzanspruchs unabhängig von dem für den ursprünglichen Vertragsanspruch maßgebenden Zeitpunkt. Der Schadensersatzanspruch ist ein neuer, selbständiger Anspruch, für den eine eigene Verjährung nach den Grundsätzen der §§ 198, 201 BGB. beginnt. Als Ersatz für den Erfüllungsanspruch in dem Sinne, daß die für diesen geltenden Verjährungsvorschriften ohne Unterschied darauf zu übertragen seien, ist der Schadensersatzanspruch nicht anzusehen; er bewahrt vielmehr seine selbständige Natur gerade auch im Hinblick auf die Zeit seiner Entstehung.

Hiernach ist von entscheidender Bedeutung, wann der mit der Klage verfolgte Schadensersatzanspruch entstanden ist. Mit der Lossagung der Bekl. vom Vertrage stand grundsätzlich fest, daß die Aufwendungen des Kl., soweit der Vertrag noch nicht abgewickelt war, umsonst erfolgt waren. Zweifelhaft konnte nur sein, in welcher Höhe dadurch dem Kl. ein Schaden erwachsen war, weil der Umfang der noch unerledigten Vertragsleistungen und die Höhe der Vergütungsbeträge, die dem Kl. auch hätten zufließen sollen, ungewiß sein mochten und noch der Aufklärung bedurften. Dabei handelt es sich aber nicht um den späteren Eintritt schädlicher Folgen der Vertragsverletzung der Bekl., sondern lediglich um die Ermittlung des Umfangs dieser Folgen, die grundsätzlich mit der Lossagung der Bekl. von dem Vertrage gegeben waren. Für die Anwendung der in RGZ. 111, 104, 105 = JW. 1925, 1990 entwickelten Grundsätze ist daher kein Raum.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 11. Mai 1936; 4 U 34/36.)

Anmerkung: Geht man von der Differenztheorie aus, ist die Entsch. zutreffend. Sie folgt durchaus dem Urteil des 7. ZivSen. des RG. v. 4. April 1930 (RGZ. 128, 79 = JW. 1930, 2212 m. Anm., 2778).

Der Differenzanspruch tritt an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile und bemißt sich nach der Verschlechterung, die die wirtschaftliche Stellung des Ersatzberechtigten durch das Unterbleiben des Vertragsvollzugs erfahren hat.

Da es sich um einen neuen selbständigen Anspruch handelt, beginnt für ihn auch eine eigene Verjährung, deren Anfang sich ganz unabhängig von dem Zeitpunkt bestimmt, der für die Verjährung der ursprünglichen Vertragsansprüche maßgebend war. Entscheidend ist allein der Augenblick der Entstehung des Ersatzanspruchs.

Das ist alles logisch einwandfrei, erweckt aber doch ein gewisses Unbehagen.

Zunächst ist zu bedenken, daß zwar hinterher das RG. bei positiver Vertragsverletzung den Zeitpunkt der endgültigen Lossage vom Vertrage eindeutig feststellen kann, daß aber der Gegner im kritischen Zeitraum oft im Zweifel sein wird, ob eine solche endgültige Lossage vorliegt. Dazu kommt, daß die schädigenden Folgen der Vertragsverletzung sich zuweilen erst nach Ablauf der Verjährungsfrist einstellen können. Im vorl. Falle handelte es sich um einen Anspruch auf eine größere Anzahl von Teilvergütungen, die erst im Verlauf der Jahre 1931 und 1932 zur Entstehung gelangen sollten, während die Lossage der Bekl. vom Vertrag in seinem Schreiben v. 4. Dez. 1930 gefunden wurde, das der Kl. nur als die Androhung eines Vertragsbruches angesehen hatte.

Das Urteil meint, es handele sich aber nicht um den späteren Eintritt schädlicher Folgen der Vertragsverletzung, sondern lediglich um die Ermittlung des Umfanges dieser Folgen, die grundsätzlich mit der Lossage der Bekl. von dem Vertrag gegeben gewesen wären.

Hier wird der Unterschied zwischen dem Eintritt des Haftungsgrundes und dem Eintritt weiterer Schadensfolgen nicht scharf erfaßt. Gemeint ist offenbar, daß es auf den späteren Eintritt der Schadensfolgen nicht ankommen könne, nachdem der Haftungsgrund und damit die Entstehung des Anspruchs bereits im Dezember 1930 gegeben gewesen sei.

Die Entsch. erweckt bei mir erneut Zweifel, ob es glücklich vom RG. war, den Schadensersatz wegen Nichterfüllung einseitig auf der Differenztheorie aufzubauen. Praktisch kann das zur Verjährung in einem Augenblick führen, der vor der Verjährung der Vertragsansprüche selbst liegt, einem Augenblick, in dem der Ersatzberechtigte den vollen Umfang der schädigenden Vertragsverletzung noch nicht zu übersehen vermag. Das nötigt ihn also vielleicht zu einer übereilten Liquidation des Vertragsverhältnisses.

Bei einer gesetzgeberischen Neuordnung dürfte es sich keinesfalls empfehlen, so einseitig von der Differenztheorie auszugehen. Das war auch die übereinstimmende Ansicht der Mitglieder des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht, als man sich mit dem Problem der Leistungsstörungen beschäftigte. Die von Heinrich Stoll verfaßte Denkschrift über „Die Lehre von den Leistungsstörungen" (Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen 1936, S. 76) will sogar dem Gläubiger den Anspruch auf das Differenzinteresse nur dann zubilligen, wenn ihm die Bereithaltung und Erfüllung der eigenen Leistung nicht mehr zuzumuten ist. Stoll beruft sich zur Rechtfertigung auf den Leitgedanken, daß Verträge nach Möglichkeit durchgeführt werden müssen.

Prof. Dr Heinrich Lehmann, Köln.

*

63. §§ 874, 1018 BGB.; § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. Die Eintragung einer Grunddienstbarkeit ist inhaltlich unzulässig, wenn die Angabe des Inhalts des Rechts (z. B. Wegerecht, Wasserleitungsrecht) in dem Eintragungsvermerk selbst fehlt und auch insoweit lediglich auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist.

Im Grundbuch von Sch. Blatt Nr. 748 steht in Abt. II unter Nr. 5 folgende Last eingetragen:

„Eine Grunddienstbarkeit gemäß Bewilligung v. 15. Mai 1905 für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Sch, Blatt Nr. 811, eingetragen am 22. Mai 1905."

In der in bezug genommenen Bewilligung v. 15. Mai 1905 heißt es: „Als solcher (Eigentümer) räume ich dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Blatt Nr. 811 das Recht ein, die von diesem Grundstücke hinweg führende Abwasserleitung auf eine Länge von 19 m über mein Grundstück Sch., Blatt Nr. 748, hinwegzuführen."

Auf die Anregung des Eigentümers D. des Grundstücks Blatt 748, die Grunddienstbarkeit wegen inhaltlicher Unzulässigkeit gem. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. zu löschen, verlangte das GBA. Sch. mit Zwischenverfügung die Beibringung der Löschungsbewilligung der Berechtigten. Auf die Beschw. des D. hob das LG. die Zwischenverfügung auf und wies es das GBA. zur Löschung der Grunddienstbarkeit an. Die Löschung ist noch nicht erfolgt. Die weitere Beschw. der eingetragenen Berechtigten hatte keinen Erfolg.

Gemäß § 874 BGB. kann bei der Eintragung eines Grundstücksrechts im Grundbuch zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Unmittelbar einzutragen ist daher das Recht selbst und der Inhalt des Rechts, um das Recht wirksam zur Entstehung zu bringen. Nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts, d. h. seiner inhaltlichen Ausgestaltung, darf auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Die Angabe des Rechts und sein Inhalt können sich zwar decken, wenn durch den gesetzlichen Namen des Rechts allein dessen Inhalt in bestimmter Weise bezeichnet wird. Dies trifft z. B. bei dem Erbbaurecht, dem Nießbrauchrecht, dem Wiederkaufs- und Vorkaufsrecht zu. In diesen Fällen genügt deshalb die Angabe des gesetzlichen Namens. Anders ist aber die Rechtslage bei der Grunddienstbarkeit (ebenso z. B. bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und der Reallast). Denn dieses Recht kann, wie § 1018 BGB. (bzw. §§ 1090, 1105) ergibt, einen verschiedenen Inhalt haben. Deshalb genügt bei der Grunddienstbarkeit nicht die Eintragung des gesetzlichen Namens, vielmehr bedarf es außerdem der Bezeichnung des Inhalts des Rechts in dem Eintragungsvermerk selbst. Als Inhaltsangabe wäre hier die Bezeichnung „Wasserleitungsrecht" oder ein ähnlicher, die Belastung ihrer Art nach wiedergebender Ausdruck genügend, aber auch erforderlich gewesen. Die Angabe des Inhalts der Grunddienstbarkeit lediglich durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung v. 15. Mai 1905 ist mit § 874 BGB. unvereinbar. Da diese Vorschr. materiell-rechtlicher Natur ist, ist die Grunddienstbarkeit überhaupt nicht zur Entstehung gelangt. Die Eintragung der Grunddienstbarkeit ist auch inhaltlich unzulässig, da ihr ein notwendiges gesetzliches Erfordernis fehlt und die Eintragung selbst dies ohne weiteres erkennen läßt.

Sie ist daher gem. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen zu löschen, ohne daß es einer Bewilligung der Berechtigten bedarf (vgl. RGZ. 89, 159; KGJ. 23, A 134; 26, A 273; 49, A 169; 51, A 272; OLG. 39, 244; 21, 42; Güthe-Triebel, 5. Aufl., 1929, § 50 Anm. 10; Henke-Mönch 1936, Anh. zu § 44 Anm. 2, C, b und § 53 Anm. 12, b; RGRKomm., 6. Aufl., 1928, § 874 Anm. 3).

Abgesehen davon war die Zwischenverfügung schon aus dem Grunde aufzuheben, weil im Amtslöschungsverfahren des § 53 GBO. eine solche überhaupt unzulässig ist.

Die Löschung einer Eintragung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit hat zur Folge, daß der Antrag auf Eintragung der Grunddienstbarkeit noch unerledigt ist. Das GBA. wird daher nach der Löschung der Eintragung den Antrag durch eine wirksame Eintragung zu vollziehen haben, soweit dem nicht die in der Zwischenzeit eingetragene Veränderung des Grundbuchbestandes entgegenstehen sollte.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 1. Okt. 1936, 1 Wx 493/36.) [Sch.]

*

64. § 925 BGB.; § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.; § 1 VO. über Auflassungen usw. v. 11. Mai 1934 (RGBl. I, 378).

1. Eine Auflassung kann auch in einem Prozeßvergleich erklärt werden.

2. Auch der vor dem Versteigerungsrichter geschlossene Vergleich ist ein Prozeßvergleich i. S. des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Im Grundbuche sind als Eigentümer des Grundstücks Albert Sch. zu 1/4 und sein Sohn Friedrich Sch. zu 3/4 Anteilen eingetragen. Der Sohn Friedrich Sch. hat die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Auseinandersetzung beantragt. In dem Versteigerungstermin v. 26. Febr. 1936 hat er jedoch seinen Antrag zurückgenommen, nachdem von dem Versteigerungsrichter folgender Vergleich beurkundet worden war: Albert Sch. überließ seinen Anteil am Grundstück seinem Sohn Friedrich gegen die Einräumung eines Altenteils; beide waren darüber einig, daß das Eigentum an dem Grundstück auf Friedrich Sch. allein übergeht, und bewilligten die Eintragung der Eigentumsänderung und des Altenteils in das Grundbuch. Das Protokoll schließt mit „v. g." und trägt sodann die Unterschriften der beiden Beteiligten, ihrer in dem Termin anwesenden Rechtsanwälte sowie des Richters und des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle.

Friedrich Sch. legte dem GBA. eine Ausfertigung dieses Protokolls vor und beantragte die Umschreibung des Eigentums auf sich und die Eintragung des bewilligten Auszuges. Das GBA. wies den Antrag zurück, weil die Auflassung nicht in gehöriger Form erfolgt sei. Auf die Beschwerde des Antragstellers hat das LG. das GBA. angewiesen, von seinem „Bedenken Abstand zu nehmen". Nunmehr hat Albert Sch. weitere Beschwerde eingelegt. Diese hatte im Ergebnis keinen Erfolg, ermöglichte aber bereits insofern eine eigene Sachprüfung durch den Senat, als das LG. sich nicht darauf hätte beschränken dürfen, das GBA. anzuweisen, von seinem Bedenken Abstand zu nehmen, sondern das gesamte Sach- und Rechtsverhältnis einer Erörterung hätte unterziehen müssen (vgl. Güthe-Triebel, 5. Aufl., § 77 GBO., Anm. 10).

Die Entsch. der Frage, ob die Auflassung wirksam erfolgt ist, hängt davon ab, erstens, ob eine Auflassung in einem Prozeßvergleich erklärt werden kann, und zweitens, ob vor dem Zwangsversteigerungsrichter ein Prozeßvergleich geschlossen werden kann. Beide Fragen sind zu bejahen.

Eine Auflassung kann nach § 925 BGB., Art. 143 AGBGB. und Art. 1 § 1 der VO. über Auflassungen usw. v. 11. Mai 1934 (RGBl. I, 378) erklärt werden: a) vor dem GBA., b) vor jedem deutschen Notar, c) vor sonstigen nach Landesrecht zuständigen Stellen, so in Preußen vor den AG. Preußens und einiger anderer Deutscher Länder (vgl. Art. 26 PrAGBGB., Ges. v. 13. Mai 1918 [GS. 51] und die Zusammenstellung der weiteren einschlägigen Vorschriften bei Henke-Mönch, GBO. § 20 Anm. 3 Ba).

Die Frage, ob eine Auflassung in einem Prozeßvergleich erklärt werden kann, war im bisherigen Schrifttum streitig und ist auch jetzt noch nicht ausdrücklich durch den Gesetzgeber geregelt worden; sie wurde schon bisher für Preußen überwiegend bejaht, so z. B. von Planck, BGB., 4. Aufl., § 925 Anm. 3a; Güthe-Triebel, GBO., 5. Aufl., § 20 Anm. 34; Schlegelberger, FGG., 4. Aufl., Vorbem. 4 vor § 167. Da jetzt jeder deutsche Notar zur Entgegennahme der Auflassung zuständig ist, ist der Grundsatz des BGB., daß die Auflassung vor dem GBA. stattfinden müsse, von Reichs wegen aufgegeben. Der früheren Vorschrift lag der Gedanke zugrunde, daß die Auflassung „vor offenem Grundbuch" erfolgen müsse, um die Beteiligten vor den Nachteilen, die sich aus einer Änderung des Grundbuchstandes zwischen

der letzten Grundbucheinsicht und dem Eingange des Antrages auf Eigentumsumschreibung ergeben können, zu schützen. Es hat sich jedoch bei der Anwendung der landesrechtlichen Vorschriften über die Auflassung vor dem Notar gezeigt, daß die befürchteten Nachteile praktisch kaum je eingetreten sind, wenn die Auflassung statt vor dem GBA. vor einem Notar oder vor einer sonstigen landesrechtlich bestimmten Stelle erklärt wurde. Der Reichsgesetzgeber hat daher die Auflassung vor jedem deutschen Notar für das ganze Reich zugelassen. Damit sind aber die Bedenken weggefallen, die der Wirksamkeit einer Auflassung, die in einem Prozeßvergleich erklärt ist, entgegenstanden. Denn nunmehr ist der Grundsatz, daß ein Prozeßvergleich die Form der — für das ganze Reich zugelassenen — notariellen Beurkundung ersetzt (RGZ. 48, 183; 64, 85; vgl. auch RGZ. 107, 285 = JW. 1924, 805), auch auf die Auflassung anzuwenden (ebenso Staudinger, GBO., 10. Aufl., § 925 Anm. 43; Jonas, ZPO., 15. Aufl., § 794 Fußnote 41; Hesse-Saage-Fischer, GBO., § 20 Anm. 2a).

Die Auffassung, daß eine Auflassung in einem Prozeßvergleich erklärt werden könne, haben schon früher die OLG. Dresden (KGJ. 43, 301) und Rostock (RJA. 14, 319) für die in ihren Bezirken belegenen Grundstücke vertreten. Die Entsch. des BayObLG. in BayObLG. 4, 235 und ZBlFG. 8, 619 stehen der Entsch. des Senats nicht entgegen, da sie aus der früheren reichsgesetzlichen Bestimmung über die Zuständigkeit der GBA. in Verbindung mit der Vorschrift des Bayerischen Rechts, daß die Notare vor Entgegennahme einer Auflassung das Grundbuch einzusehen haben, die Unzuständigkeit des Prozeßgerichts zur Entgegennahme der Auflassungserklärung in einem Prozeßvergleich herleiten. Diese Entsch. sind also durch die Änderung des Reichsrechts, nämlich die Einführung der Zuständigkeit aller deutschen Notare zur Entgegennahme der Auflassung, überholt.

Kann danach eine Auflassung in einem Prozeßvergleich erklärt werden, so fragt sich, ob der vor dem Zwangsversteigerungsrichter geschlossene Vergleich v. 26. Febr. 1936 als Prozeßvergleich anzusehen ist. Zutreffend hat das LG. das Protokoll dahin gewürdigt, daß der Richter als Zwangsversteigerungsrichter und nicht als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehandelt hat. Das ergibt sich aus der Fassung der Urkunde, die in ihrem gesamten Inhalt der in Zwangsversteigerungssachen üblichen Form der Niederschrift entspricht, sowie daraus, daß die einheitliche Urkunde, laut welcher zunächst der Antrag auf Zwangsversteigerung zurückgenommen wurde, nicht in mehrere Teile zerrissen werden kann; das Protokoll ist vielmehr ein einheitliches Protokoll in einer Zwangsversteigerungssache. Die Niederschrift genügt auch nicht den Formvorschriften, die für gerichtliche Urkunden in § 177 FGG. aufgestellt sind, da es an einer Feststellung im Protokoll darüber, daß das Protokoll von den Beteiligten unterzeichnet ist, fehlt.

Dagegen genügt das Protokoll den Vorschriften, die für eine Niederschrift im Zwangsversteigerungsverfahren gegeben sind. Es finden hier die Vorschriften der ZPO. Anwendung, d. h. das Protokoll ist nach §§ 160 Abs. 2 Ziff. 1, 162 ZPO. den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokoll muß bemerkt werden, „daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei". Diesen Formvorschriften ist durch den Vermerk „v. g." (vorgelesen, genehmigt) genügt.

Die Niederschrift der Verhandlung vor dem Zwangsversteigerungsrichter ist nun allerdings nicht allgemein geeignet, eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung zu ersetzen. Das ist, wie bereits oben ausgeführt ist, nur dann der Fall, wenn in dem Protokoll ein Vergleich i. S. des § 794 Ziff. 1 ZPO. beurkundet ist. Daß das Protokoll einen Vergleich enthält, ergibt sich einmal aus dem Wortlaut der Niederschrift, ferner daraus, daß die beurkundete Einigung unter gegenseitigen Nachgeben beider Parteien erfolgt ist.

Im Schrifttum des Zivilprozeßrechts wurde allerdings bisher die Möglichkeit, einen Vergleich i. S. des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. im Zwangsvollstreckungsverfahren zu schließen, geleugnet, so von Jonas, ZPO., 15. Aufl., § 794 Anm. II 2a (bei Fußnote 24). Jonas verweist auf die ältere Literatur (Lehmann, Prozeßvergleich, S. 106 [1911]), ohne seine Ansicht selbst näher zu begründen. Im Schrifttum zum Zwangsversteigerungsrecht wird allgemein die Auffassung vertreten, daß der Zwangsversteigerungsrichter, soweit er eine Eintragungsbewilligung eines Beteiligten beurkunde, als Grundbuchrichter oder als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle; es müßten also insoweit die für gerichtliche Beurkundungen aufgestellten Formerfordernisse beachtet werden (Jaeckel-Güthe, ZwVerstG., 6. Aufl., § 131 Anm. 15; Reinhard-Müller, ZwVerstG., 2. Aufl., § 130 Anm. VI., beide mit weiteren Nachweisen). Die ältere Meinung, daß ein Vergleich i. S. des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. nur in einem anhängigen Rechtsstreit, im Arrest- oder Beweissicherungsverfahren usw., nicht aber im Vollstreckungsverfahren geschlossen werden könne, ist mit der heutigen Auffassung von Wesen und Zweck der Zwangsvollstreckung nicht zu vereinbaren. Unterstand das Vollstreckungsverfahren — sowohl die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen als auch das Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren — früher der nur durch gewisse Formvorschriften eingeschränkten Herrschaft des Gläubigers, so ist das Ziel der Vollstreckung nach heutiger Auffassung ein verständiger und gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Beteiligten; auch die Zwangsvollstreckung ist, ebenso wie der Zivilprozeß, der Herrschaft des Gerichts unterstellt, welches im Interesse der Volksgesamtheit einen Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen der Beteiligten zu vermitteln hat (Vogel: JW. 1936, 1102; Wilhelmi: DJ. 1936, 892, beide mit weiteren Nachweisen). Diese neuartige Aufgabe des Vollstreckungsrichters macht es insbes. im Zwangsversteigerungsverfahren dem Richter zur Aufgabe, nicht nur auf eine formal ordnungsmäßige Abwicklung des Verfahrens zu achten, vielmehr die Verschleuderung von Grundbesitz nach Möglichkeit zu verhindern.

Diese Grundsätze gelten auch für eine Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung. Hier stehen sich zwar Antragsteller und Antragsgegner nur in dem Sinne gegenüber, daß der eine von dem anderen die Mitwirkung bei der Auseinandersetzung zu verlangen hat, nicht aber in dem Sinne, daß der Antragsteller einen Anspruch auf eine Geldleistung oder geldwerte Leistung von dem Antragsgegner geltend macht. Trotzdem gilt, wie auch § 9a der VollstrekkungsNotVO. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) ergibt, auch bei dieser Art der Zwangsversteigerung der Grundsatz, daß die widerstreitenden Interessen ausgeglichen werden sollen und eine Verschleuderung von Grundbesitz — hier bei der Teilungsversteigerung insbes. eine Ersteigerung durch den wirtschaftlich stärkeren Teilhaber unter dem Werte (Jonas, Vollstreckungsnotrecht, 11. Aufl., § 9a Anm. 1) — nach Möglichkeit vermieden werden soll.

Der Durchführung der vorerörterten Aufgaben des Versteigerungsrichters dienen die sogenannten Erörterungstermine im Zwangsversteigerungsverfahren, in welchen der Richter die Sachlage mit den Beteiligten zu erörtern und nach Möglichkeit auf eine gütliche Abwickelung hinzuwirken hat (vgl. AllgVfg. des RJM. v. 3. Jan. 1935: DJ. S. 45; ferner Vichet: DJ. 1936, 646). Derartige Besprechungen mit den Beteiligten bieten nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn der Richter in der Lage ist, mit den Beteiligten nicht nur den zu vollstreckenden Anspruch zu erörtern, sondern darüber hinaus alle mit dem Versteigerungsfall in Zusammenhang stehenden Streitpunkte beizulegen. Das Vollstreckungsgericht muß also — ebenso wie das Prozeßgericht im Streitverfahren — die Möglichkeit haben, alle mit der betreffenden Vollstreckungshandlung in Zusammenhang stehenden Streitpunkte endgültig zu bereinigen, gegebenenfalls also auch einen neuen, zur Zwangsvollstreckung geeigneten Vergleichstitel zu schaffen (vgl. RG.: JW. 1925, 773). Im vorl. Falle besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Zwangsversteigerungsverfahren und der Auflassung insofern, als es sich gerade um die Auflassung des zu versteigernden Grundstücks

und damit um die Erledigung der Teilungsversteigerung handelt.

§ 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. muß also dahin ausgelegt werden, daß auch im Vollstreckungsverfahren Vergleiche im Sinne dieser Bestimmung möglich und zulässig sind. Das wird von Schultze-Seiffert, Vollstreckungsnotrecht, § 18 Anm. 69, für die Verhandlungen vor dem Vollstreckungsgericht im Verfahren zur Zwangsvollstreckung beweglicher Sachen ausdrücklich angenommen. Es ist aber nicht einzusehen, aus welchem Grunde das gleiche nicht auch für das Zwangsversteigerungsverfahren gelten sollte.

Unberechtigt wäre der Einwand, daß ja der Vollstreckungsrichter als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine gerichtliche Beurkundung vornehmen könne; es handelt sich gerade darum, im Wege des Prozeßvergleichs innerhalb des anhängigen Vollstreckungsverfahrens eine endgültige Einigung der Beteiligten zu ermöglichen. Auch würden, wenn die Beurkundung eines Vergleiches im Vollstreckungsverfahren nicht nach den Vorschriften der ZPO. erfolgen könnte, die LG. als BeschwG. nicht die Möglichkeit haben, einen derartigen Vergleich herbeizuführen. Erfahrungsgemäß kommen aber häufig gerade in der Beschwerdeinstanz — vorausgesetzt, daß eine Beschwerde zulässig ist — Vergleiche zustande.

Die Niederschrift v. 26. Febr. 1936 enthält also einen Prozeßvergleich und damit eine rechtswirksame Auflassung des Anteils des Albert Sch. auf Friedrich Sch. Was für die Beurkundung der Auflassung gilt, gilt auch für die Bewilligung des einzutragenden Auszuges; für diese Bewilligung hätte sogar eine Beglaubigung der Unterschrift des Bewilligenden genügt. Diese Form wird auf jeden Fall durch den abgeschlossenen gerichtlichen Vergleich ersetzt.

Auch sonst sind keine Eintragungshindernisse ersichtlich. (Wird näher ausgeführt.)

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 24. Sept. 1936, 1 Wx 294/36.) [Sch.]

*

65. § 1106 BGB.; § 8 SchuldReglG.

1. Der Erwerber einer Grundstückshälfte kann diese nicht mit einem Altenteil belasten, wenn ihm die andere Grundstückshälfte bereits gehört.

2. § 8 SchuldReglG. hindert nicht die Belastung eines von dem Entschuldungsverfahren betroffenen Eigentumsanteils des Betriebsinhabers, wenn die Belastung im Zusammenhange mit dem Erwerbe eines weiteren Eigentumsanteils an demselben Grundstücke erfolgt, der gleichzeitig mitbelastet werden soll.

Im Grundbuche stehen als Eigentümer Reinhold Sch. und seine Ehefrau Friederike, geb. P., zu gleichen Teilen eingetragen. Reinhold Sch. ist im Jahre 1922 gestorben. Er hat in einem formgültigen dorfgerichtlichen Testament seinen Sohn Albin Sch. zum Alleinerben eingesetzt, jedoch „unter der Bedingung", daß u. a. seine Ehefrau außer einem Stück Land volle Beköstigung, freie Wäsche und wöchentlich 10 ℳ Taschengeld aus dem Haushalte des Sohnes erhalte.

Über den Betrieb des Albin Sch. ist das Entschuldungsverfahren eröffnet; dies ist im Grundbuch auf dem bisherigen Anteil des verstorbenen Reinhold Sch. eingetragen. Das EntschuldA. hat für die Durchführung der Entschuldung die Übertragung des Anteils der Ehefrau an Albin Sch. unter gleichzeitiger Sicherung ihres Unterhalts gemäß der testamentarischen Bestimmung für notwendig erachtet.

In notarieller Verhandlung haben die Witwe und Albin Sch. vereinbart, daß die Grundstückshälfte der Witwe auf den letzteren übergehen, die Witwe ein näher bestimmtes Altenteil erhalten solle; gleichzeitig haben die Beteiligten die Auflassung erklärt. Albin Sch. hat seine Eintragung als Eigentümer dieser Hälfte und ferner die Eintragung des Altenteils der Witwe auf deren bisherigen Anteil bewilligt und beantragt. Diese Urkunde wurde vom Notar nebst einem beglaubigten Antrag des Albin Sch., ihn kraft Erbrechts als Eigentümer des Anteils des Vaters einzutragen, dem GBA. überreicht. Das GBA. beanstandete die Anträge durch befristete Verfügung u. a. dahin, daß die Belastung des von der Witwe erworbenen Anteils mit dem Altenteil gem. § 1106 BGB. unzulässig sei, weil die Eintragung des Altenteils die vorherige oder gleichzeitige Eintragung des Albin Sch. als Eigentümer des zu belastenden Anteils voraussetze. — Die Beschw. wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschw. konnte keinen Erfolg haben.

Die angefochtene Zwischenverfügung kann, soweit sie die Unzulässigkeit der Eintragung der Belastung ausspricht, als die Auflage, diesen Antrag fallen zu lassen, angesehen werden. In solcher Bedeutung war die Zwischenverfügung zulässig, da der Antrag auf Eintragung des Altenteils mit den weiteren Anträgen gem. § 16 GBO. verbunden ist und bei verbundenen Anträgen die Zurücknahme eines der Anträge als Beschränkung der eine verfahrensrechtliche Einheit bildenden verbundenen Anträge aufgefaßt werden kann (vgl. JFG. 1, 439; 13, 111 = JW. 1935, 3560 [37]). In sachlicher Hinsicht begründet das LG. seine Entsch. wie folgt: Nach § 1106 BGB. könne ein Bruchteil eines Grundstücks mit einer Reallast nur belastet werden, wenn er im Anteil eines Miteigentümers bestehe. Gegen diese Vorschrift verstoße der vom BeschwF. gestellte Antrag. Die beantragten Eintragungen könnten nicht anders vorgenommen werden, als daß zuerst der Eigentumsübergang und dann die Bestellung des Altenteils eingetragen würden. Denn eine Eigentümerreallast gebe es nicht; sie sei im BGB. nicht vorgesehen und bei dem geschlossenen Kreis der Sachenrechte damit gesetzlich unzulässig. Solange daher der eine Miteigentumsanteil noch der Mutter zustehe, könne auf diesem Anteil nicht schon ein Altenteil für sie bestellt werden. Die Eintragung des Altenteils würde deshalb voraussetzen, daß die bisher auf den Namen der Mutter eingetragene Miteigentumshälfte in das Eigentum des BeschwF. übergehe; mit seiner Eintragung als Eigentümer dieser Hälfte werde er aber Eigentümer des gesamten Grundstücks und der mit dem Altenteil zu belastende Grundstücksanteil bestehe nicht mehr im Anteil eines Miteigentümers. Dabei entfielen aber die Voraussetzungen, welche § 1106 BGB. an die Bestellung einer Reallast an einem Grundstücksanteil stelle.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Sie entsprechen der Auffassung, die der Senat hinsichtlich der für die Anteilsbelastung mit einer Hypothek geltenden entsprechenden Vorschr. des § 1114 BGB. ständig vertreten hat (KGJ. 27, A 119 und 30, A 219). An dieser Auffassung ist festzuhalten. Da das Verbot der Anteilsbelastung zwingender Natur ist, wäre eine dagegen verstoßende Eintragung unwirksam und inhaltlich unzulässig. Die Beachtung eines zwingenden gesetzlichen Verbots kann nicht, wie der BeschwF. meint, um deswillen unterbleiben, weil sie „formalistisch sei und wirtschaftlich unbillig wirke". Die Erwägung des BeschwF., daß hier die Eigentumsübertragung und die Altenteilsbegründung als eine einheitliche Maßnahme zu beurteilen seien, weil die erstere nicht ohne die letztere gewollt sei, ist zwar zutreffend; sie rechtfertigt aber nicht die daraus vom BeschwF. gezogene Folgerung, daß die „Übertragung des Eigentums erst beendet sei, wenn das Altenteil eingetragen sei". Die Eintragung des Altenteils und damit dessen Entstehung als dingliches Recht setzt vielmehr den vorherigen Übergang der Hälfte der Witwe auf Albin Sch. und somit dessen vorherige Eintragung sachenrechtlich voraus, weil es kein Altenteil am eigenen Grundstück gibt. Verfahrensrechtlich folgt die Notwendigkeit, der vorherigen Eintragung des Albin Sch. als Eigentümer aus § 39 GBO.

Der in der höchstrichterl. Rspr. hinsichtlich gewisser gesetzlicher Verfügungsbeschränkungen des Erwerbers (Minderjährige — Ehegatten) oder der gewissen Grundstücken anhaftenden Belastungsbeschränkungen entwickelte Grundsatz, daß diese dann nicht Platz greifen, wenn die gleichzeitige Belastung vertragliche Voraussetzung für den Erwerb des von der Beschränkung betroffenen Grundstücks bildet (RGZ. 110, 173 = JW. 1925, 2118; JurRdsch. 1926 Nr. 22; JFG. 1, 335; HöchstRRspr. 1932 Nr. 1305; 1 Wx 240/36 = HöchstRRspr. 1936 Nr. 1239; 1 Wx 205/36 = JW. 1936, 2756 [61]) kann nicht dahin erstreckt werden, daß ein das Liegenschaftsrecht überhaupt betreffendes allgemeines absolutes Verbot unbeachtet bleibt. Dagegen wird dieser Grundsatz es hier

rechtfertigen können, das Gesamtgrundstück trotz des Belastungsverbots des § 8 SchuldRegIG. mit dem Altenteil zu belasten, weil nicht nur die Belastung als Entgelt für den Erwerb der Grundstückshälfte der Witwe vertraglich festgesetzt ist, sondern weil auch nach dem im Testament niedergelegten Willen des Erblassers die Erbeinsetzung des Sohnes und damit der Erwerb der bisher vom Belastungsverbot des § 8 a. a. O. betroffenen Eigentumshälfte des Vaters an die Bedingung geknüpft ist, daß der Sohn der Mutter Unterhalt aus dem Grundstück gewährt. Die Unterhaltsgewährung aus dem Grundstück und deren dingliche Sicherung stehen also in einem derartigen engen Zusammenhang, daß es nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich so angesehen werden kann, als wenn Albin Sch. beide in seiner Hand zu einer Einheit werdenden Grundstückshälften nur gebunden durch seine dinglich zu sichernde Unterhaltspflicht erwerbe.

Ein Antrag auf Belastung des ganzen Grundstücks wäre aber gegenüber dem gestellten, auf Belastung lediglich des von der Witwe erworbenen Anteils beschränkten Antrage verfahrensrechtlich als ein neuer, nämlich gegenständlich erweiterter Antrag anzusehen, so daß, da eine Zwischenverfügung zwar auf inhaltliche Beschränkung, nicht aber auf Erweiterung gerichtet werden kann, auf Stellung eines solchen Antrages im vorl. Eintragungsverfahren nicht hingewirkt werden kann.

KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 24. Sept. 1936, 1 Wx 384/36.)
[Sch.]

*

66. §§ 1565, 1568 BGB.; §§ 511 ff. ZPO. Ist eine Ehe auf die Klage aus § 1568 BGB. und die Widerklage aus § 1565 BGB. geschieden, dann kann die klagende Partei ihre Berufung darauf stützen, daß ihr erst nach der letzten mündlichen Verhandlung Tatsachen bekannt geworden sind, die das Verlangen auf Scheidung auf Grund des § 1565 BGB. rechtfertigen.

Das LG. hat die Ehe der Parteien auf die Klage auf Grund von § 1568 BGB. und auf die Widerklage auf Grund von § 1565 BGB. wegen Ehebruchs der Kl. geschieden und beide Parteien für schuldig erklärt.

Die Kl. hat Berufung eingelegt mit dem Antrag, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als die Ehe auf die Klage auf Grund von § 1568 BGB. geschieden ist und dahin zu erkennen, daß die Ehe der Parteien auch auf die Klage hin auf Grund von § 1565 BGB. wegen Ehebruchs des Bekl. mit der Frau X. geschieden wird.

Sie führt dazu aus, sie habe erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszuge davon Kenntnis erlangt, daß der Bekl. mit Frau X. ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalte. An der Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs auch des Bekl. habe sie deshalb ein berechtigtes Interesse, weil sie selbst nach dem vorl. Urteil einen Strafantrag des Bekl. gem. § 172 StGB. gewärtigen müsse, und weil auch ihr das gleiche Recht zustehen müsse, da auch bei dem Bekl. der Tatbestand des Ehebruchs erfüllt sei.

Der Bekl. zieht die Zulässigkeit der Berufung deshalb in Zweifel, weil die Kl. durch das angefochtene Urteil nicht beschwert sei; sie habe im ersten Rechtszug, obwohl sie Beziehungen des Bekl. zu einer anderen Frau behauptet habe, nicht Scheidung wegen Ehebruch gem. § 1565 BGB. begehrt.

Demgegenüber weist die Kl. darauf hin, daß sie im ersten Rechtszug die Behauptungen des Ehebruchs, von dem sie damals noch keine Kenntnis gehabt habe, gar nicht habe aufstellen können.

1. Die Kl. beantragt mit der Berufung die Abänderung des angefochtenen Urteils nur insoweit, als sie auf ihre Klage hin nunmehr auch Ehescheidung wegen Ehebruchs des Bekl. begehrt. Soweit auf die Widerklage die Ehe wegen ihres Ehebruchs mit dem Zeugen Sch. geschieden worden ist, hat sie das Urteil nicht angefochten.

2. Das angefochtene Urteil hat dem im ersten Rechtszuge gestellten Klageantrag der Kl., die Ehe aus Schuld des Bekl. wegen seines ehewidrigen Verhaltens gem. § 1568 BGB. zu scheiden und den Bekl. für schuldig zu erklären, in vollem Umfange stattgegeben. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob die Kl. gegen dieses Urteil überhaupt Berufung einlegen kann. Als Rechtsmittel setzt die Berufung regelmäßig eine Beschwerung des Berufungsklägers voraus; das anzufechtende Urteil muß (bei prozessualer Betrachtung) zu seinen Ungunsten ergangen sein, so daß eine Abänderung zu seinen Gunsten möglich ist. Dieses Erfordernis einer formellen Beschwerung des Berufungsklägers ist aber nicht erfüllt, wenn der erste Richter seinem Antrage voll entsprochen hat, wie dies im vorl. Falle geschehen ist. Diese allgemeinen Prozeßgrundsätze gelten auch in Ehesachen, soweit nicht Ausnahmen besonders angeordnet sind oder sich aus der Natur des Streitgegenstandes ergeben (RGZ. 123, 365).

Eine Ausnahme von dem Erfordernis der formellen Beschwerung wird vom RG. in feststehender Rspr. zur Aufrechterhaltung der Ehe zugelassen, wenn der siegreiche Scheidungskläger im Wege der Berufung die Klage zurücknehmen, auf den Scheidungsanspruch gem. § 206 ZPO. verzichten oder zur Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft übergehen will (vgl. RGZ. 91, 365; 110, 208; 123, 365 = JW. 1929, 1465 [11]; JW. 1926, 2436). Ein solcher Ausnahmefall kommt hier nicht in Betracht; die Ehe der Parteien ist geschieden und bleibt geschieden, gleichviel, ob die Berufung der Kl. Erfolg hat oder nicht.

Hier steht vielmehr zur Frage, ob die Kl., die im ersten Rechtszug ihre Klage nur auf § 1568 BGB. gestützt hat und wegen des Beginns des ehebrecherischen Verhältnisses des Bekl. erst nach der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszuge auf Ehebruch gem. § 1565 BGB. überhaupt noch nicht stützen konnte, mit Rücksicht auf die Natur des Streitgegenstandes Berufung zu dem Zwecke einlegen kann, daß die Ehe nicht auf Grund von § 1568 BGB. geschieden wird, wie dies bereits im angefochtenen Urteil geschehen ist, sondern wegen des Ehebruchs des Bekl., von dem die Kl. erst nach der Verkündung des Urteils im ersten Rechtszuge, aber noch innerhalb der Berufungsfrist Kenntnis erlangt hat. Soweit von hieraus übersehen werden kann, ist diese Frage vom RG. noch nicht entschieden worden, und bei seinen vorerwähnten Entsch., bei denen es ohne das Vorliegen einer formellen Beschwerung die Berufung nur zugelassen hat für den Ausnahmefall, daß sie der Aufrechterhaltung der Ehe dienen soll, hat es offenbar einen solchen Fall, wie den hier vorliegenden, nicht in Betracht gezogen.

Der Senat hält in einem solchen Fall die Berufung für statthaft. Die Zulässigkeit der Berufung ergibt sich einmal aus dem Sondercharakter der Ehesachen, auf den die Verfahrensvorschriften des sechsten Buches der ZPO. hinweisen, insbes. auch aus dem Rechtsgedanken, die aus den Vorschr. der §§ 614 und 626 ZPO. zu entnehmen sind. Wenn diese Bestimmungen auch Ausnahmen gegenüber den Vorschr. des zweiten und dritten Buches der ZPO. sind, so ist aus ihnen doch zu entnehmen, daß bei Ehesachen das Verfahren nicht durch einschränkende Bestimmungen, die anderen Zwecken, wie der Beschleunigung des Verfahrens und ähnlichen Zielen dienen, eingeengt werden soll, und daß dadurch die Entsch. in Ehesachen mehr noch als bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten der wirklichen Rechtslage soweit als möglich Rechnung tragen sollen.

Nach dem materiellen Recht (§ 1565 BGB.) kann zum anderen der Ehegatte auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte sich des Ehebruchs schuldig macht, und die daraufhin erfolgende Scheidung zieht für den beschuldigten Ehegatten Folgen nach sich, die die Folgen der Scheidung aus anderen Gründen übersteigen und an denen nicht nur der betrogene Ehegatte, sondern auch die Allgemeinheit ein Interesse hat (vgl. § 1312 BGB., § 172 StGB.). Wenn der Ehegatte von dem Ehebruch des anderen erst nach der Verkündung des Urteils im ersten Rechtszuge erfährt, kann er diesen Scheidungsgrund nur im Wege der Berufung geltend machen; eine andere Möglichkeit hat er in Ehesachen, wenn einmal die Ehe im ersten Rechtszuge geschieden worden ist, nicht.

Nach der neueren Rspr. des RG. (vgl. RGZ. 115, 1; 123, 135 = JW. 1930, 985 [3]; RGZ. 151, 45 = JW. 1936, 1960 [18]) ist anerkannt, daß der Ehegatte, der im ersten Rechtszuge in

erster Linie die Scheidung wegen Ehebruchs begehrt und die eine Scheidung aus § 1568 BGB. rechtfertigenden Behauptungen nur hilfsweise geltend macht, dann beschwert ist, wenn die Scheidung nur aus § 1568 BGB., nicht wegen Ehebruchs erfolgt oder wenn, entgegen seinem Antrage die Scheidung nur wegen eines Ehebruchs, nicht auch wegen eines weiteren Ehebruchs mit einer anderen Person, falls dieser festgestellt ist, erfolgt. Erfährt der Ehegatte aber erst nach dem Urteil des ersten Rechtszuges von dem Ehebruch des anderen Ehegatten, so ist es ihm nicht verwehrt, zur Zumutungsfrage diesen Ehebruch noch geltend zu machen, wenn der Eherechtsstreit auf andere Weise in die Berufung gelangt ist, etwa durch Einlegung der Berufung durch den nach § 1568 BGB. geschiedenen anderen Ehegatten. Es ist aber kein zwingender Grund zu ersehen, daß er in einem solchen Falle nicht auch Scheidung wegen Ehebruchs durch Einlegung von Berufung auch seinerseits verlangen könnte, zumal wenn, wie hier, der Ehebruch aus zeitlichen Gründen im ersten Rechtszuge überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden konnte. Es würde auch keinem Zweifel unterliegen, daß im vorl. Falle die Kl. den Ehebruch des Bekl. auch geltend machen könnte, wenn sie mit ihrer Berufung auch die Scheidung auf die Widerklage wegen ihres Ehebruchs angefochten hätte, gleichviel, ob sie hiermit Erfolg gehabt hätte. Es widerspräche auch dem Rechtsbewußtsein des Volkes, wenn ein Ehegatte während des Bestehens der Ehe sich des Ehebruchs schuldig machen dürfte, ohne daß die gesetzlich möglichen Folgen (vgl. § 1312 BGB., § 172 StGB.) daraus gezogen werden könnten, obgleich vor Rechtskraft des Urteils der andere Ehegatte davon Kenntnis erlangt und die Scheidung wegen dieses Ehebruchs noch beantragt.

Von ähnlichen Erwägungen ist offenbar auch das OLG. Stuttgart in seiner Entsch. v. 26. Juni 1934 (Soergel: Rspr. 1934, 242 Nr. 511) ausgegangen, daß den Bekl. Ehegatten, dessen allein gestellten Antrag auf Mitschuldigerklärung des klagenden Ehegatten im ersten Rechtszuge stattgegeben worden ist, nicht für behindert ansieht, nur deshalb Berufung einzulegen, um Widerklage wegen des Ehebruchs zu erheben.

3. Die Berufung der Kl. ist somit trotz des Fehlens einer formellen Beschwerung für statthaft anzusehen; sie ist auch begründet. (Wird ausgeführt.)

(OLG. Dresden, Urt. v. 18. Sept. 1936, 11 U 103/36.)

*

67. §§ 1565, 1568 BGB. **Hat der auf Scheidung klagende Ehegatte selbst die eheliche Treuepflicht aufs schwerste verletzt, so muß ihm bei Abwägung der beiderseitigen Eheverfehlungen zugemutet werden, die leichteren Verfehlungen des anderen Ehegatten zu verwinden und die Ehe fortzusetzen.** †)

Die Beweisaufnahme im ersten Rechtszuge hat ergeben, daß die Bekl. den Kl. beschimpft und mißhandelt sowie gegen ihn den Vorwurf erhoben hat, daß er sich eine Geschlechtskrankheit zugezogen habe.

Was zunächst den Vorwurf der Geschlechtskrankheit anbelangt, so kann hierin eine schwere Eheverfehlung der Bekl. nicht erblickt werden, da sie begründeten Anlaß zu der Annahme hatte, daß der Kl. geschlechtskrank sei. Sie hatte von ihrem Dienstmädchen erfahren, daß die Wäsche des Kl. Spuren aufwies, die auf das Bestehen einer Geschlechtskrankheit hindeuten und von dem Arzt R. die Bestätigung erhalten, daß der Kl. sich einer Untersuchung seines Geschlechtsteils unterzogen hatte. Ob der Kl. damals tatsächlich geschlechtskrank war, ist allerdings nicht aufgeklärt worden. Jedenfalls kann darin, daß die Bekl. dem Kl. vorwarf, geschlechtskrank zu sein, bei der gegebenen Sachlage eine Ehewidrigkeit der Bekl. nicht erblickt werden.

Die Bekl. hat aber auch anderen Personen davon erzählt, daß der Kl. geschlechtskrank sei. Ob die Verbreitung dieses Gerüchts vor Ablauf der sechsmonatigen Frist des § 1571 BGB. geschehen ist, ist nicht aufgeklärt. Zum mindesten kann sie aber gem. § 1573 BGB. zur Unterstützung herangezogen werden. In der Verbreitung dieses Gerüchts ist allerdings eine Eheverfehlung der Bekl. zu erblicken.

Die Bekl. hat den Kl. bis April 1931 häufig mit Ausdrücken wie „Hurenkerl" und „Schnallentreiber" beschimpft und einmal mit einem Besenstiel geschlagen. Diese Beschimpfungen, die Mißhandlung und die Verbreitung des Gerüchts, daß der Kl. geschlechtskrank sei, sind objektiv als schwere Eheverfehlungen zu werten. Die Bekl. hat die aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringende Pflicht der gegenseitigen Achtung verletzt und ihre Pflichtverletzung ist unter gewöhnlichen Verhältnissen geeignet, bei einem selbst von rechter ehelichen Gesinnung erfüllten Ehegatten eine völlige Entfremdung herbeizuführen. Ob durch diese Pflichtverletzung der Bekl. die eheliche Gesinnung des Kl. zerstört worden ist, kann zweifelhaft sein. Es ist zu berücksichtigen, daß der Kl. nach der ersten Trennung der Parteien im Mai 1931 noch einmal im Aug. 1932 auf vier Monate zu der Bekl. zurückgekehrt ist. Aus welchem Grunde er zu ihr zurückgekommen ist, ob deshalb, weil die Bekl. ihn darum gebeten hat, oder deshalb, weil er selbst kein anderes Unterkommen hatte, konnte nicht festgestellt werden. Was der Grund ist, kann dahingestellt bleiben. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob in dieser Rückkehr zu der Bekl. eine Verzeihung zu erblicken ist.

Auf jeden Fall hat der Kl. selbst die durch die Ehe begründete Treuepflicht aufs schwerste verletzt, da er unstreitig nach Erlaß des Vorderurteils wegen Heiratsschwindels verurteilt und mit zwei von ihm betrogenen Frauen geständlich Ehebruch getrieben hat. Somit haben beide Parteien gegen die durch die Ehe begründeten gegenseitigen Pflichten verstoßen. Bei Abwägung der beiderseitigen Verfehlungen muß jedoch dem Kl. die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden, da seine Ehebrüche sich als bedeutend schwerwiegendere Eheverfehlungen darstellen, als die Ehewidrigkeiten der Bekl. Allerdings hat der Kl. diese Ehebrüche erst nach der endgültigen Trennung der Parteien begangen. Nach der Rspr. des RG., der sich der Senat anschließt, sind aber auch dann, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Eheverfehlungen nicht besteht, diese gegeneinander abzuwägen. Das erheblich überwiegende Verschulden des Kl. genügt aber nach der Überzeugung des Senats, um ihm zuzumuten, sich mit den geringeren Pflichtwidrigkeiten der Bekl. abzufinden.

Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Kl. selbst das Verhalten der Bekl. nicht als ehezerrüttend empfunden hat, da ihm auf jeden Fall im Hinblick auf seine Ehebrüche zugemutet werden muß, die leichteren Eheverfehlungen der Bekl. zu verwinden.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 26. Mai 1936, 2 U 54/36.)

Anmerkung: Das Urteil zeigt besonders sinnfällig, zu welch unhaltbaren Ergebnissen die im falschverstandenen Interesse möglichster Aufrechterhaltung von Ehen beliebt gewordene Auslegung des § 1568 BGB. zu führen vermag. Es widerspricht dem Sinn des eindeutigen Wortlautes des § 1568, wenn selbst beim Fehlen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den beiderseitigen Eheverfehlungen diese gegeneinander abgewogen werden, um auf diesem Wege zu einer Entsch. über die Zumutbarkeit zu gelangen. Für die Frage, ob dem klagenden Ehegatten die Fortsetzung der Ehe noch zugemutet werden kann, ist bei ungekünstelter und sinnvoller Auslegung des Gesetzestextes maßgebend die Tiefe der Zerrüttung, nicht aber die eheliche Gesinnung und das eigene Verhalten des Kl., unter der Voraussetzung natürlich, daß die Zerrüttung der Ehe auf dem Verschulden des Bekl. beruht. Zu prüfen wäre also höchstens, ob die im Zeitpunkt des Scheidungsurteils vorhandene Zerrüttung erst durch das Hinzukommen eines Verschuldens des Kl. selbst herbeigeführt worden ist; dann aber ist für die Entsch. nicht mehr von Belang, ob dem Kl. die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden kann, sondern ob für die Zerrüttung das Verschulden des Bekl. allein ursächlich geworden ist.

In dem vorl. Fall hat der Kl. sich des Ehebruchs und des Heiratsschwindels erst schuldig gemacht, als es bereits zwischen den Streitsteilen aus Verschulden der Bekl. zur dauernden Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gekommen und damit die Zerrüttung der Ehe eingetreten war. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Urteils ist sogar davon auszugehen, daß die Ver-

fehlungen des Kl. erst veranlaßt waren durch das vorausgegangene Verhalten der Bekl., das nach den Urteilsgründen geeignet war „unter gewöhnlichen Verhältnissen bei einem selbst von rechter ehelicher Gesinnung erfüllten Ehegatten eine völlige Entfremdung herbeizuführen". Das Urteil stellt aber andererseits nicht fest, daß dem Kl. eine solche eheliche Gesinnung vor Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gefehlt habe.

Praktisch bedeutet die Entsch., daß die Scheidung der Ehe, deren Zerrüttung die Bekl. selbst verschuldet hat, ausschließlich von deren Willen abhängt — ihr steht der absolute Scheidungsgrund „Ehebruch" zur Verfügung —, während der Kl., dessen eigenes Verschulden erst nach Eintritt der Zerrüttung begangen war, keinerlei Einfluß auf den unwürdigen Zustand in dieser Ehe zu nehmen vermag. Mag sich auch der Kl. schwer gegen die eheliche Treuepflicht verfehlt haben und mag man auch grundsätzlich Verfehlungen dieser Art eine ehezerrüttende Wirkung unterstellen, so zeigt sich doch gerade in diesem Fall, zu welchen Unbilligkeiten die gegenwärtige gesetzliche Regelung im Zusammenhalt mit der Rspr. führen kann.

RA. Dr. Ferdinand Mößmer, München.

*

68. § 1594 BGB. **Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes auch nach Ablauf der Frist des § 1594 BGB. ist unter besonderen Umständen zulässig.** †)

Es handelt sich um eine Ehelichkeitsanfechtungsklage. Der Kl. ist nicht der Erzeuger des am 23. Okt. 1927 geborenen Bekl. Der Kl. ist von seiner Frau, der Mutter des Bekl., durch Urteil v. 17. Febr. 1928 rechtskräftig geschieden. Aus den Gründen dieses Urteils geht hervor, daß zwischen den Eheleuten Sch. kein ehelicher Verkehr seit dem 20. Dez. 1920 mehr stattgefunden hat. Sie lebten seit dieser Zeit getrennt. Eine am 9. Okt. 1924 geborene Tochter der Mutter des Bekl. ist am 17. Febr. 1928 rechtskräftig für unehelich erklärt worden. Der Kl. hat gegenüber dem Bekl. schuldhaft die in § 1594 BGB. vorgesehene Anfechtungsfrist von einem Jahr verstreichen lassen.

Trotz Verneinens des Vorliegens von höherer Gewalt ist die Klage aus einem anderen Gesichtspunkte als begründet anzusehen. Die Vorschrift des § 1594 BGB. findet sich im BGB. von 1900, also in einem Gesetze, das vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen worden ist. § 1594 ist bis jetzt formell noch nicht außer Kraft gesetzt worden. Trotzdem muß vor Anwendung dieser Vorschrift — wie bei jeder anderen der vor 1933 erlassenen —, da es sich um „altes" Recht handelt, die Frage erörtert werden, ob die Vorschrift mit der nationalsozialistischen Weltanschauung, die die Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen bildet, vereinbar ist, zumal es für den heutigen Gesetzgeber nahezu undurchführbar ist, jede einzelne Norm, die nationalsozialistischem Rechtsempfinden widerspricht, aufzuheben. Ein solches Verlangen nach einer autoritativen Willenserklärung des Führers würde ein verhängnisvolles Zurückfallen in die überwundene Zeit des Rechtspositivismus bedeuten. Abgesehen hiervon hat aber auch der Gesetzgeber durch die Einführung des „gesunden Volksempfindens" im neuen § 2 StGB. diesen allgemeinen, auch auf dem Gebiete des Zivilrechts anzuwendenden Rechtsgedanken positivrechtlich verankert. Es würde dem gesunden Volksempfinden widersprechen, wenn der Bekl. für immer von seiner Sippe, zu der er dem Blute nach gehört, ferngehalten und einer anderen Sippe zwangsmäßig eingegliedert bliebe. Das hier in Erscheinung tretende gesunde Volksempfinden hat seine Grundlage in der nationalsozialistischen Weltanschauung, die verlangt, daß jeder Volksgenosse zu seiner Sippe gehört. Die Frage nach der Abstammung eines Menschen ist für diesen selbst wie für die Volksgemeinschaft sowohl in rasse- als auch in erbbiologischer Beziehung von grundlegender und entscheidender Bedeutung.

Die einjährige Anfechtungsfrist ist in den Motiven zum BGB. mit dem Interesse des Kindes an einer baldigen Feststellung der Ehelichkeit begründet worden. Es handelt sich also um eine in der Hauptsache aus individualistischem Geiste heraus geborene Vorschrift, und zwar in doppelter Hinsicht: Einmal sollte das Kind nicht über sein erstes Lebensjahr hinaus in einer fingierten Ungewißheit über sein Schicksal bleiben, ehelich oder unehelich zu sein. Ferner war es vollkommen in das Belieben des Ehemannes der Mutter gestellt, in dieser Hinsicht etwas zu unternehmen, was wiederum überwiegend von dessen persönlichem Vorteil — wohl hauptsächlich gesellschaftlicher Art — bestimmt wurde.

Bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 1594 BGB. sind die miteinander streitenden Güter abzuwägen. Das sind einerseits das Interesse des Kindes an der alsbaldigen Nichtfeststellung seiner Unehelichkeit und andererseits das Interesse der Volksgemeinschaft an der Feststellung der der Wirklichkeit entsprechenden Abstammung des Kindes. Hierbei mag dahingestellt bleiben, ob das Kind ein absolutes Interesse und nur dieses an der Feststellung seiner Ehelichkeit hat, oder ob das Gemeinschaftsinteresse nicht sein eigenes individuelles so stark beeinflußt, daß es unter der evtl. Inkaufnahme einer festgestellten Unehelichkeit an der richtigen Feststellung seiner Abstammung ein größeres Interesse hat. In diesen krassen Fällen der Mischehen ist dies wohl durchweg zu bejahen. Abgesehen hiervon fällt aber bei dieser Güterabwägung das gemeinnützige Interesse viel stärker in die Waagschale und läßt daher das in § 1594 BGB. verankerte Interesse außer acht.

In dem hier zur Entsch. stehenden Falle kommt noch hinzu, daß infolge der zwischen dem natürlichen Vater des Bekl. und dessen Mutter geschlossene Ehe eine zum Sippenverbande des Vaters zugeordnete Familie gegründet worden ist, zu der der Bekl. organisch gehört. Die sonst mit einer Unehelichkeitserklärung des Bekl. verbundenen Nachteile treten daher nicht in Erscheinung. Im Gegenteil wird der natürliche Vater, der sich bis jetzt nur moralisch verpflichtet fühlte, für den Bekl. zu sorgen, dies in noch besserer und wirksamerer Weise tun, wenn nunmehr auch die rechtliche Verpflichtung hinzukommt, die gleichzeitig das Recht des Kl. ausschließt, nach seinem Gutdünken in die Lebenssphäre des Bekl. entscheidend einzugreifen.

(OLG. Frankfurt a. M., 1. ZivSen., Urt. v. 10. Sept. 1936, 1 U 74/36.)

Anmerkung. Der Entsch. ist zuzustimmen, trotz manchem, was man ihr und ihrer Begründung entgegenstellen kann. Sie beschäftigt sich mit der außerordentlich schwierigen Frage, wann der Richter gegen den Wortlaut des Gesetzes entscheiden darf. Die Entsch. befreit sich von der Verbindlichkeit des Gesetzes dadurch, daß sie es für nicht nationalsozialistisch erklärt. Sie fordert für jede der vor 1933 erlassenen Vorschriften, daß die Frage erörtert werde, ob sie mit der nationalsozialistischen Weltanschauung vereinbar sei, zumal es für den heutigen Gesetzgeber nahezu undurchführbar sei, jede einzelne Norm, die nationalsozialistischem Rechtsempfinden widerspricht, aufzuheben. Das letzte ist sicher richtig, das erste sicher nicht. Gerade weil man — schon gesetzestechnisch — nicht das ganze Recht mit einem Schlage ändern kann, hat der Führer das alte Recht als Übergangsrecht in Kraft gesetzt. Dieses gilt also nicht kraft des Gesetzgebungsrechtes des alten Gesetzgebers im neuen Reich weiter, sondern ausschließlich kraft Führerwillens. Gerade deshalb ist ja bei der Auslegung des alten Rechts niemals auf den Willen des alten Gesetzgebers oder Rechtsgepflogenheiten der alten Zeit zurückzugreifen, sondern stets und ausschließlich die nationalsozialistische Weltanschauung — wie die Entsch. mit Recht betont — als Auslegungsgrundlage anzuwenden. Die gesamten alten Gesetze gelten also nur noch, weil der nationalsozialistische Gesetzgeber sie übernommen hat und nicht etwa, weil der alte Gesetzgeber sie erlassen und der neue sie noch nicht aufgehoben hat.

Hätte der neue Gesetzgeber es dem einzelnen Gericht überlassen wollen, im Wege der Rspr. herauszusuchen, was vom alten Recht nationalsozialistisch ist und was nicht, so hätte es nur einer sehr knappen Bestimmung bedurft, die dem Richter diese Befugnis gab. Man hätte, ebenso wie es bei den alten Plenarentscheidungen des RG. geschehen ist, auch alte Gesetze für unverbindlich erklären können. Es ist nahezu allgemeine Rechtsüberzeugung, daß dieser Weg nicht beschritten wurde. Das wäre auch sehr unzweckmäßig gewesen, und zwar gerade deshalb, weil der größte Teil aller alten Gesetze dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden widerspricht und mit der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht vereinbar ist. Die Feststellung, daß dies im vorl. Falle ebenso ist, befreit also den Richter

nicht von der Pflicht, dem Gesetz zu folgen. Denn das neue Rechtssprichwort lehrt: „Zeit und Maß der Rechtsumwandlung bestimmt der Führer und nicht das Gericht."

Trotzdem kann ein Gericht bisweilen genötigt sein gegen ein kraft Führerwillens geltendes Gesetz zu entscheiden. Eine derartige Entsch. ist, falls sie wirklich Recht spricht, keine Kritik an einem vom Führer — wenn auch nur für die Übergangszeit — erlassenen Gesetz, sondern richtige nationalsozialistische Gesetzesanwendung. Es wäre völlig unerträglich, wenn die alten Methoden der Gesetzesanwendung auch für die Handhabung des neuen Rechts beibehalten würden. Durch den Filter einer liberalen Methode der Rechtsfindung gegossen, würde auch das beste neue Recht nicht mehr nationalsozialistisch wirken, sondern seine wesentlichsten Bestandteile verlieren. Die alte Rechtsauffassung kennt nur ein Recht, das sich im Umkreise des Vorgestellten abspielt, als Rechtsgedanke oder Rechtsgefühl. Sie ist deshalb an den im Gesetz niedergelegten Rechtsgedanken gebunden, demgegenüber die Anrufung des Rechtsgefühls versagt. Sobald man aber die konkrete Ordnung der Rechtsbeziehungen im Raume des sachlich Vorhandenen als rechtserheblich hinzuzieht, stellt sich neben das als formal empfundene Gedankenrecht ein Recht der lebendigen Wirklichkeit, das bisweilen mit dem Formalrecht in Widerspruch geraten kann. Dann gilt das Rechtssprichwort: „Lebensrecht geht vor Formalrecht". Das Lebensrecht ist die konkrete Ordnung der lebendigen Wirklichkeit, soweit sie der Erhaltung des Volkes dient. Sie ist, ebenso wie das Formalrecht, vom Führer geschaffen. Die gesunden konkreten Ordnungen sind Rechtsordnungen, auch ohne formale Anerkennung im Gesetz. Ihr Recht muß deshalb auch dann gewahrt werden, wenn sich kein passender Paragraph findet und sogar, wenn eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung dem widerspricht. Man kann geradezu die Güte eines Gesetzes daran messen, ob es oft oder selten mit dem Lebensrecht in Widerstreit gerät, d. h. lebensnahe oder lebensfremd ist. Ganz wird auch das beste Gesetz solche Widersprüche nicht vermeiden können, weil es selbst feststeht, während das Leben weitergeht und weil der Gesetzgeber die große Linie angeben, aber nicht jeden Einzelfall regeln will und kann. Besonders häufig werden sich solche Widersprüche dagegen im Not- und Übergangsrecht finden. Auch hier bedarf es aber einer sorgfältigen Abwägung beider Rechte.

Die Entsch. tut dies in der Form einer Abwägung „der streitenden Güter". Die abgewogenen Güter, nämlich „Gemeinschaftsinteresse" und „individuelles Interesse" sind aber inkommensurabel, wie die Entsch. selbst andeutet. Man kann sie nicht gegeneinander abwägen, weil das Gemeinschaftsinteresse stets sehr viel schwerer als das Einzelinteresse wiegt. Was wirklich dem Gemeinschaftsinteresse dient, ist oft sehr schwer zu ermitteln. Gerade diese Frage ist es, die der Rechtsuchende dem Richter vorlegt. Der Richter beantwortet sie mit dem Spruch (Tenor) seiner Entsch. Die Gründe haben nur den Zweck, zu erörtern und verständlich zu machen, warum die Entsch. dem Volksinteresse dient. Sie dürfen nicht nach dem Schema abgefaßt werden: Die Entsch. ist richtig, weil das Volksinteresse dem Einzelinteresse vorangeht, denn ebensogut könnte man sagen: Die Entsch. dient dem Volksinteresse, weil dieses dem Einzelinteresse vorangeht. Was abzuwägen ist, sind entweder widersprechende Einzelinteressen oder widersprechende Gemeinschaftsinteressen. Das wirkliche Volksinteresse läßt das Ergebnis der Abwägung erkennen, das allerdings nicht errechnet, sondern gefunden werden muß.

Welche Interessen stehen hier nun auf dem Spiel? Mit Recht weist die Entsch. darauf hin, daß das Interesse des Kindes an der Sicherheit seines Personenstandes ein fingiertes, also nur dem gedachten Formalrecht angehörendes, ist. Bei der Erörterung der übrigen Kindesinteressen, die zum großen Teil ebenfalls nur fingiert oder formal sind, folgt die Entsch. diesem Gesichtspunkt nicht mehr.

Sie stellt, wenn auch mit Bedenken, das als fingiert bezeichnete Interesse des Kindes dem „Interesse der Volksgemeinschaft an der Feststellung der der Wirklichkeit entsprechenden Abstammung des Kindes" gegenüber, obwohl sie selbst vorher betont: „Die Frage nach der Abstammung eines Menschen ist für diesen selbst, wie für die Volksgemeinschaft sowohl in rasse- als auch in erbbiologischer Beziehung von grundlegender und entscheidender Bedeutung.

Dieser Satz ist richtig, aber es ist nicht recht ersichtlich, inwiefern die Entsch. von ihm getragen wird. Sie selbst führt an, daß bei „Mischehen" § 1594 BGB. nicht in Betracht komme. Es ist sicher richtig, daß der dem Lebensrecht angehörende Nachweis der Deutschblütigkeit nicht durch formale Vorschriften beeinträchtigt oder erschlichen werden darf, wie ich schon in der JW. 1935, 3080 ausgeführt habe. Das gleiche möchte ich annehmen, wenn zwar die Deutschblütigkeit außer Zweifel ist, aber Fragen der Staatsangehörigkeit eine Rolle spielen. Erkennt man aber in diesen Fällen an, daß § 1594 BGB. dem lebendigen Recht der gesunden konkreten Ordnung zu weichen hat, so fällt jeder Anlaß fort, auch in solchen Fällen auf Rassenfragen zurückzugreifen, wo diese tatsächlich gar keine Rolle spielen. Ebenso ist es mit den gleichfalls angeführten erbbiologischen Gesichtspunkten. Sie spielen nur eine ganz geringe Rolle, denn es dürfte wohl keinem Arzt oder Erbgesundheitsrichter einfallen, den gesetzlichen Vater und seine Verwandtschaft bei der Beurteilung des Erbwertes mit einzusetzen, wenn begründete Zweifel an der natürlichen Vaterschaft bestehen. Bei der Klarheit des hier vorl. Falles kommt das schon gar nicht in Betracht. Im übrigen würde die Aufhebung des § 1594 BGB. zwar in dem hier vorl. Falle, aber durchaus nicht immer zur Feststellung der natürlichen Vaterschaft führen, sondern oft nur zur Vaterschaftsfeststellung nach BGB.-Recht, auf dessen Änderungsbedürftigkeit ich schon JW. 1935, 2114 hingewiesen habe.

Der gesetzliche Vater nach BGB.-Recht ist ein Gebilde des formalen Rechts, d. h. er hat nicht mehr Rechte als ihm im Gesetz zugestanden werden. Daneben bestehen natürliche Vaterschaftsrechte der konkreten Ordnung des gesunden Familienverbandes, die das Gedankengebilde ergänzen und eigentlich erst lebensfähig machen. Die Rechte des gesetzlichen Vaters nach BGB. sind gering: Er ist im wesentlichen ein gesetzlicher Vormund mit dem Recht persönlichen Verkehrs mit dem Mündel. Das Kind erhält seinen Familiennamen, ein Erbrecht und einen Unterhaltsanspruch.

Will man diese formalen Rechte nun nicht nach alter Methode als tatsächlich vorhanden fingieren, so muß man prüfen, wieweit diese Rechtsgedanken tatsächliche Rechtswirklichkeit sind.

Die Entsch. stellt es als möglich hin, daß der gesetzliche Vater das Kind „nach seinem Gutdünken" aus der Familie des natürlichen Vaters herausholt, obwohl dieser das Kind seit Jahren erzieht und unterhält, die Mutter geheiratet hat — vermutlich auch die für unehelich erklärte ältere Schwester legitimiert hat. Würde der gesetzliche Vater dies tun — im vorl. Falle beabsichtigt er es nicht —, so würde er sein Sorgerecht mißbrauchen, denn er darf nicht nach seinem Gutdünken handeln, wenn er dadurch das Interesse des Kindes ernstlich verletzt. Ihm wäre also das Sorgerecht zu entziehen und auch auf persönlichen Verkehr hätte er nach Lage des Falles keinen Anspruch. Der Vormundschaftsrichter ist hier in der Lage, dem Lebensrecht ohne Verletzung formalen Rechts Geltung zu verschaffen.

Das Namensrecht spielt in der Wirklichkeit eine untergeordnete Rolle, weil Schulen und Behörden in solchen Fällen mit Recht der tatsächlichen Lage Rechnung zu tragen pflegen, indem sie die Führung des Namens des natürlichen Vaters dulden und in Fällen, in denen das gesetzlich nicht zulässig ist, den Namen „x genannt y" gebrauchen. Das Erbrecht kann u. U. wichtig werden, spielt aber in den weitaus meisten Fällen der Praxis — und offenbar auch in dem hier zu entscheidenden — keine Rolle. Im allgemeinen wird aber ein vermögender Vater darauf bedacht sein, die Unehelichkeit rechtzeitig und formgerecht geltend zu machen. Die wenigen Fälle, in denen das nicht geschieht, sind sicher kein Anlaß, eine so viel gebrauchte und so wesentliche Formvorschrift wie den § 1594 BGB. einfach für ungültig zu erklären.

Häufig wird dagegen die Frage der Unterhaltspflicht akut, und zwar weniger, weil der natürliche Vater sich ihr entzieht, als weil er oft mittellos ist und die öffentliche Hand belastet wird. Hier hilft auch der Hinweis auf das gesunde Volksempfinden nicht, auf das die Entsch. Bezug nimmt. Man kann nicht sagen, daß die Belastung eines Mannes, der eine Frist versäumt hat,

mit einer Zahlungspflicht, die ihm an sich nicht oblag, dem Volksempfinden widerspreche. Mit der gleichen Begründung ließen sich alle Einspruchs- und sonstigen Rechtsmittelfristen beseitigen. Alle Schichten des Volkes haben auch durchaus Verständnis dafür, daß Ordnung sein muß und daß, wer sie schuldhaft verletzt, die Folgen zu tragen hat. Außerdem wäre die Auffassung, daß man durch Fristversäumnis nicht mit Zahlungsverpflichtungen belastet werden dürfe, selbst wenn sie dem Volksempfinden entspräche, sicher nicht gesund, sondern ungesund.

Diese Erwägungen führen im Gegensatz zu den Gründen der Entsch. dazu, die Frist des § 1594 BGB. im allgemeinen aufrechtzuerhalten.

Sie führen aber nicht zur Abweisung der Klage in dem vorl. Fall. Dieser weist noch eine Besonderheit auf, die das Abweichen von § 1594 BGB. hier rechtfertigt.

Der Kl. hat hier die Ehelichkeit eines älteren Kindes bereits erfolgreich angefochten und die Unehelichkeit des Bekl. schon im Scheidungsprozeß geltend gemacht. Das Scheidungsgericht hat festgestellt, daß der Bekl. im Ehebruch erzeugt sei und stützt sein Scheidungsurteil auf diese Tatsache. Dementsprechend haben die Beteiligten ihr weiteres Leben geordnet. Die nachträgliche Feststellung, daß der Bekl. doch als eheliches Kind des Kl. zu gelten habe, würde hier deshalb nicht ordnend, sondern ausgesprochen verwirrend wirken. Es ist aber die Aufgabe des Gerichts, mit seinen Entsch. Ordnung schaffend dem Wohle des Volkes zu dienen. Die §§ 1594 und 1596 BGB. haben überhaupt nur den Sinn, in der wichtigen Frage der Ehelichkeit eines Kindes für schnellste, endgültige Ordnung zu sorgen. Hat sich die konkrete Ordnung des tatsächlichen Lebens bereits eindeutig anderweit geordnet, so dürfen sie nicht mißbraucht werden, um diese Ordnung zu stören. Diese Störung will die Entsch. mit Recht vermeiden. Ihre Gründe gehen zu weit, aber der Spruch ist richtig, und das ist nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung das wichtigste.

Richter C. G. Meinhof, Hamburg.

*

69. §§ 2044, 2048, 2216 BGB. Beim Zusammentreffen einer Verwaltungsanordnung mit einer Teilungsanordnung kann gem. § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB. die Außerkraftsetzung der ersteren unbeschadet der mit der letzteren bezweckten Wirkung erfolgen. Die Außerkraftsetzung der Verwaltungsanordnung ist sogar selbst dann zulässig, wenn dadurch die Ausführung der Teilungsanordnung unmöglich wird.

Im § 6 ihres gemeinschaftlichen Testaments haben die Erblasser bestimmt, daß die vier Grundstücke nach Ablauf der bestehenden Mietsverträge auf weitere zehn Jahre zu vermieten sind und daß auch nach Ablauf dieser Zeit ein Verkauf nur mit Zustimmung sämtlicher Erben und Testamentsvollstrecker zulässig ist. Dieses Veräußerungsverbot ist als eine sogenannte negative Teilungsanordnung i. S. des § 2048 (vgl. auch § 2044) BGB. anzusehen (vgl. Planck, 4. Aufl., 1930, § 2044 Anm. 3, § 2048 Anm. 1). Denn die Erblasser wollten damit nicht nur einen Verkauf des Grundstücks zu unangemessener Zeit verhindern, sondern insbes. die Durchführung ihrer Anordnung, daß einzelne Erben für die Geltungsdauer des Veräußerungsverbots aus den infolge der Vermietung des Grundbesitzes zu erzielenden Einnahmen vorweg laufend Zuwendungen erhalten sollen, gewährleisten, um dadurch einen „gerechten Ausgleich unter sämtlichen Erben“ bei der endgültigen Auseinandersetzung nach Ablauf der Verbotsfrist herbeizuführen.

Das Veräußerungsverbot stellt sich aber zugleich als Verwaltungsanordnung i. S. des § 2216 Abs. 2 BGB., d. h. als verbindliche Richtlinie für die Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker dar, wenn man es auf die im Zusammenhang mit dem Verbot von den Erblassern dem Testamentsvollstrecker übertragenen und ferner auf die ihm nach dem Gesetz zustehenden Aufgaben abstellt (vgl. KG.: DNZ. 1927, 1559 = Recht 1928 Nr. 36 und HöchstRRspr. 1933 Nr. 1765 = DNZ. 1934, 193; vgl. auch Planck, § 2216 Anm. 4 und RGRKomm., 8. Aufl., 1935, § 2216 Anm. 3). Die Erblasser haben, wie die oben wiedergegebenen Bestimmungen ergeben, dem Testamentsvollstrecker die Verpflichtung auferlegt, während der Verbotsfrist für eine günstige Vermietung des Grundbesitzes Sorge zu tragen und aus den Mietseinnahmen die öffentlichen und privaten Grundstückslasten, Instandsetzungs- und Unterhaltungskosten und sonstige Schulden zu bezahlen und den Überschuß an die von ihnen besonders bedachten Erben abzuführen. Nach § 2205 BGB. steht nun dem Testamentsvollstrecker das Recht zu, den Nachlaß zu verwalten und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen. Im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB.) ist daher der Testamentsvollstrecker grundsätzlich auch zur Veräußerung der Grundstücke befugt. Die Notwendigkeit zu einer solchen Veräußerung könnte sich daraus ergeben, daß die Mietseinnahmen zur Deckung der erforderlichen Ausgaben und der sonstigen Schulden nicht mehr ausreichen. An einer solchen, sich als ordnungsmäßige Verwaltungsmaßregel darstellenden, etwa gebotenen Veräußerung ist aber hier der Testamentsvollstrecker durch die Anordnung der Erblasser, den Grundbesitz während eines bestimmten Zeitraumes zu vermieten und nicht zu veräußern, behindert (§ 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB.). Deshalb gibt der § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB. dem Nachlaßgericht die Befugnis, auf Antrag die Anordnung der Erblasser außer Kraft zu setzen, unter der Voraussetzung, daß ihre Befolgung den Nachlaß erheblich gefährden würde. Der Begriff der Gefährdung des Nachlasses schließt nicht etwa die Berücksichtigung einer etwaigen Schädigung der an dem Nachlaß interessierten Personen aus. Hat der Erblasser durch die angeordneten Verwaltungsmaßregeln gerade die wirtschaftliche Grundlage der Erben sicherstellen wollen, so ist ihre Aufhebung für zulässig zu erachten, wenn durch die Befolgung der Anordnung die Zweckbestimmung des Nachlasses erheblich gefährdet werden würde. Bei widersprechenden Interessen der Erben wird es darauf ankommen, wessen Interesse bei Berücksichtigung aller Umstände den Vorzug verdient.

Trifft nun, wie hier, eine Verwaltungsanordnung mit einer Teilungsanordnung zusammen, so ist es zulässig, die Aufhebung der ersteren unbeschadet der mit der letzteren bezweckten Wirkung außer Kraft zu setzen, d. h. den Testamentsvollstrecker mit der Maßgabe zu dem Verkauf sämtlicher oder einzelner Grundstücke zu ermächtigen, daß nach Deckung bestimmter Schulden der restliche Erlös an die Stelle des Grundbesitzes und die Zinsen aus diesem Erlös an die Stelle der Mietseinahmen aus dem Grundbesitz treten, daß also insoweit die Verwaltung entsprechend fortbesteht. Darüber hinaus hat aber der Senat die Außerkraftsetzung einer Verwaltungsanordnung sogar dann zugelassen, wenn dadurch die Ausführung einer Teilungsanordnung unmöglich wird (vgl. HöchstRRspr. 1933 Nr. 1765 = DNZ. 1934, 193). Denn die Erben selbst können an der Aufrechterhaltung einer Teilungsanordnung, deren Befolgung eine erhebliche Gefährdung des Nachlasses bedeuten würde, vernünftigerweise kein Interesse haben. Hinzukommt, daß der etwa widersprechende Erbe bei einer sogenannten negativen Teilungsanordnung mit einer Aufhebung derselben durch das Prozeßgericht gemäß den §§ 2044 Abs. 1, 749 Abs. 2 BGB. ohnehin zu rechnen hätte.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 24. Sept. 1936, 1 Wx 453/36.) [Sch.]

⟨= JFG. 14, 154.⟩

*

70. § 2238 Abs. 2 BGB.; § 12 FGG. Sind die Voraussetzungen einer Ausnahmevorschrift nicht zu widerlegen, aber auch nicht festzustellen, so ist die Vorschrift im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit — ebenso wie im Prozeß — nicht anzuwenden. Das gilt u. a. bei der Entsch. über die Gültigkeit eines öffentlichen Testaments bzgl. der Frage, ob der Erblasser Geschriebenes nicht zu lesen vermocht hat.

Das Nachlaßgericht ist auf Grund des Ergebnisses der angestellten Ermittlungen zu der Überzeugung gelangt, daß die

Erblasserin Geschriebenes nicht habe lesen können, und hat daher die Erteilung des Erbscheins wegen Ungültigkeit des Testaments abgelehnt. Das LG. stellt im Gegensatze zu dem AG. nicht fest, daß die Erblasserin außerstande gewesen sei, Geschriebenes zu lesen, sondern führt lediglich aus, es habe auf Grund des Ermittlungsergebnisses begründete Zweifel an dieser ihrer Fähigkeit und vermöge sich deshalb nicht davon zu überzeugen, daß sie habe lesen können. Diese Begründung genügt nicht, um die angefochtene Entsch. zu rechtfertigen.

Es ist allerdings richtig, daß das Nachlaßgericht gem. § 2359 BGB. einen Erbschein nur erteilen darf, wenn es die zur Begründung des Antrages erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, und daß zu diesen Tatsachen im vorl. Falle die gültige Errichtung des Testamentes v. 25. Nov. 1904 gehört. Damit ist aber noch nicht gesagt, unter welchen Umständen ein Testament vom Nachlaßgericht als gültig errichtet anzusehen ist. Grundsätzlich kann eine volljährige, testamentsfähige Person ein öffentliches Testament vor dem Richter oder dem Notar entweder durch mündliche Erklärung oder durch Übergabe einer Schrift errichten, wobei die Formvorschriften der §§ 2238 ff. BGB. beachtet werden müssen. Davon gibt es nur eine Ausnahme, nämlich für den Fall, daß die Person Geschriebenes nicht zu lesen vermag; dann kann sie das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten. Eine solche Ausnahme ist im Prozeß nach allgemeinen Grundsätzen von demjenigen zu beweisen, der sich auf ihr Vorliegen beruft (vgl. RGZ. 76, 94 = JW. 1911, 489).

Nun gibt es freilich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine eigentliche Beweislast der Beteiligten. Das Gericht hat grundsätzlich von Amts wegen den Sachverhalt aufzuklären und die hierzu erforderlichen Ermittlungen anzustellen (§ 12 FGG.). Danach bleibt indessen immer noch die Frage offen, wie zu entscheiden ist, wenn die Voraussetzungen einer gesetzlichen Ausnahmebestimmung zwar nicht widerlegt, aber auch nicht feststellbar sind. Man muß dann ebenso wie im Prozeß von der Regel ausgehen und darf die Ausnahmebestimmung nicht anwenden. Es kann nicht i. S. des Gesetzes liegen, daß ein bestimmter, nicht voll aufzuklärender Tatbestand im Prozeß zu einer anderen Sachentscheidung führen müßte als im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das wäre aber die Folge einer etwaigen gegenteiligen Meinung. So könnte die Antragstellerin im vorl. Falle beim Bestehen bloßer Zweifel an der Fähigkeit der Erblasserin, Geschriebenes zu lesen, das Erbrecht ihres Erblassers im Prozeß gegenüber den für die Nichtigkeit des Testamentes beweispflichtigen gesetzlichen Erben mit Erfolg zur Geltung bringen; einen entsprechenden Erbschein aber würde sie gleichwohl wegen dieser Zweifel nicht erhalten können. Für eine solche Unterscheidung fehlt jeder innere Grund.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 24. Sept. 1936, 1 Wx 425/36.) [H.]

*

71. § 2242 BGB. **Ist in einem notariellen Testament lediglich die Feststellung enthalten, daß das Protokoll den Erschienenen vorgelesen und „sodann" von dem Erblasser unterschrieben worden sei, so kann darin zugleich die Feststellung der Genehmigung gesehen werden.**

Der § 2242 BGB. enthält zwingende Formvorschriften, deren Nichtbeachtung ein Testament ungültig macht. Die nach dieser Bestimmung erforderliche protokollarische Feststellung der Verlesung des Protokolls, der Genehmigung und der Unterzeichnung seitens des Erblassers braucht jedoch nicht mit den Worten des Gesetzgebers zu erfolgen. Denn die Formvorschriften sind nicht um ihrer selbst willen, sondern zur Sicherung des letzten Willens des Erblassers aufgestellt worden. Sie dürfen daher nicht zu „Fallstricken" werden, sondern es muß der Wille des Erblassers, soweit er mit dem Inhalt der Formvorschriften irgendwie vereinbar ist, zur Anerkennung gebracht werden. Deshalb genügt nach herrschender Ansicht jede Verlautbarung, aus der die Beobachtung der Formvorschriften in deutlicher und unmißverständlicher Weise zu ersehen ist, und kann zur Aufklärung etwaiger Zweifel und Unklarheiten auch auf sonstige Vorgänge, die mit der Testamentserrichtung in unmittelbarem, innerem Zusammenhang stehen, wie z. B. die im § 2246 BGB. vorgeschriebene amtliche Verschließung des Testaments, zurückgegriffen werden. Dagegen ist die Berücksichtigung sonstiger Umstände, insbes. anderer letztwilliger Verfügungen, mündlicher Erklärungen des Erblassers und eidesstattlicher Versicherungen der Testamentszeugen oder der Urkundsperson nicht statthaft. Kann auf dem erwähnten Wege die Wahrung der Formvorschriften nicht festgestellt werden, dann ist das Testament ungültig, selbst wenn z. B. feststeht, daß der Erblasser tatsächlich das Protokoll genehmigt hatte (vgl. RGZ. 81, 98 = JW. 1913, 264; RGZ. 84, 167 = JW. 1914, 525; RGZ. 86, 391 = JW. 1915, 704; RGZ. 97, 297; 109, 371 und 374 = JW. 1925, 954; RG.: JW. 1927, 1205; 1929, 585 = SeuffArch. 83 Nr. 51; DNotZ. 1931, 556 = DNotZ. 1932, 120 = HöchstRRspr. 1932 Nr. 130; KG.: OLG. 21, 332; DNotZ. 1934, 106; HöchstRRspr. 1935 Nr. 1464; OLG. München: JW. 1935, 3582).

Hier enthält nun zwar das Testament keinen ausdrücklichen Vermerk über die Feststellung einer seitens der Erblasserin erfolgten Genehmigung des Protokolls. Die Feststellung der Genehmigung liegt aber in der durch das Wort „sodann" zum Ausdruck gebrachten protokollmäßigen Verbindung des Vorlesungs- und Unterzeichnungsvermerks.

Grundsätzlich kann allerdings die Feststellung der Genehmigung nicht aus dem Vermerk der Vorlesung und Unterzeichnung entnommen werden, weil die Unterzeichnung zeitlich vor der Vorlesung erfolgt sein kann und sie alsdann eine Genehmigung des Vorgelesenen nicht erkennen läßt (vgl. RG.: JW. 1929, 587 = SeuffArch. 83 Nr. 51). Ergibt aber der sonstige Inhalt des Protokolls unmißverständlich, daß die Feststellung der Unterzeichnung zeitlich nach und unter Bezugnahme auf die Feststellung der Vorlesung erfolgt ist, dann ist dadurch zugleich die Feststellung der Genehmigung zum Ausdruck gebracht worden, weil solchenfalls die Feststellung der Unterzeichnung ihrem Sinne nach ohne weiteres die Genehmigung des Protokollinhalts mitverlautbart. So liegt die Sache hier. Durch das Wort „sodann" hat der Notar zu erkennen gegeben, daß die Feststellung der Unterzeichnung zeitlich nach und unter Bezugnahme auf die Feststellung der Vorlesung erfolgt ist, und hat er damit gleichzeitig die Feststellung der Genehmigung beurkunden wollen und beurkundet. Der Fall entspricht demjenigen, der der Entsch. des RG. v. 9. Juli 1931: DNotZ. 31, 556 = DNotZ. 32, 120 = HöchstRRspr. 1932 Nr. 130 zugrunde lag (vgl. auch OLG. Köln: HöchstRRspr. 1934 Nr. 164). Dort hieß es: „Hierüber Urkunde, welche auf Vorlesen von dem Testierer und den Zeugen mit mir (Notar) eigenhändig unterschrieben wird." Hierzu hatte das RG. ausgeführt, daß der Notar die stattgehabte Genehmigung dadurch beurkundet habe, daß er die Vorlesung und die auf die Vorlesung, d. h. unter Bezugnahme auf sie erfolgte Unterzeichnung, die ihrem Sinne nach ohne weiteres zugleich die Genehmigung enthielt, festgestellt habe. Ob „auf Vorlesen unterzeichnet" oder, wie hier, „verlesen und sodann unterzeichnet ist", kann keinen sachlichen Unterschied machen, weil die Vermerke inhaltlich das gleiche besagen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 1. Okt. 1936, 1 Wx 484/36.) [Sch.]

⟨= JFG. 14, 165.⟩

*

72. §§ 2259, 2260 BGB. **Ein Schriftstück, das seinem Inhalte nach eine letztwillige Verfügung des Erblassers darstellt, ist auch dann an das Nachlaßgericht abzuliefern und von diesem zu eröffnen, wenn es offenbar formungültig ist.**

Frau H. aus Sch. ist am 8. Okt. 1935 verstorben. Dem Nachlaßgericht ist demnächst ein vom 27. Juni 1932 aus Sch. datiertes, mit dem Wort „Testament" überschriebenes Schriftstück überreicht worden, das seinem Inhalte nach eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung der Eheleute H. darstellen soll. Dieses Schriftstück ist allein von dem Ehemann Max H. geschrieben und dann von beiden Eheleuten unterschrieben worden, und zwar von der Ehefrau ohne jeden weiteren Zusatz nur mit ihrem Namen.

Das Nachlaßgericht hat Termin zur Eröffnung dieses „Testaments“ anberaumt. Hiergegen hat Max H. Beschw. und, nachdem das LG. diese zurückgewiesen hat, weitere Beschw. eingelegt. Er macht geltend, daß die Eröffnung des angeblichen Testaments völlig zwecklos sei, weil es offensichtlich ungültig sei.

Die Beschw. gegen die Anberaumung des Termins zur Eröffnung eines Testaments ist gem. § 19 FGG. zulässig, weil schon die Terminanberaumung sich als Verfügung darstellt, durch welche der Erbe wegen der durch die Testamentseröffnung entstehenden Kosten beschwert ist (vgl. KGJ. 27, A 38; RG.: RJA. 16, 100). Sie ist jedoch nicht begründet.

Gemäß § 2259 BGB. sind Testamente, die nicht in amtliche Verwahrung gebracht sind, von demjenigen, der sie im Besitz hat, unverzüglich nach dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abzuliefern. Dieses hat das in seine Verwahrung gelangte Testament nach Maßgabe des § 2260 BGB. in einem besonderen Termin zu eröffnen, den Beteiligten zu verkünden und ihnen auf Verlangen vorzulegen. Diese Ablieferungs- und Eröffnungspflicht erstreckt sich auf alle Schriftstücke, die sich inhaltlich als letztwillige Verfügung darstellen, ohne Rücksicht auf die materielle oder formelle Gültigkeit. Dies hat der Senat in ständiger Rspr. angenommen (vgl. KGJ. 27, A 38; OLG. 13, 278; 30, 82 = RJA. 13, 82; OLG. 40, 141 Anm. 1a; vgl. auch JW. 1934, 2563) und wird auch sonst im allgemeinen gebilligt (vgl. RG.: RJA. 16, 212; BayObLG. 2, 413; 4, 147; SächsOLG. 40, 101 = OLG. 40, 141; vgl. auch Schlegelberger, § 83 FGG. Anm. 1 S. 552). Nur das OLG. Hamburg hat in RJA. 6, 111 = KGJ. 30, 302 die Eröffnung eines solchen Schriftstücks dann für entbehrlich erklärt, wenn es offenbar formungültig ist; jedoch gibt die hierin liegende Abweichung von der sonstigen Rspr. keinen Anlaß, die Sache gem. § 28 Abs. 2 FGG. an das RG. vorzulegen, weil der Bezirk des OLG. Hamburg auf Grund des ZustG. v. 23. März 1936 (RGBl. I, 251) in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit jetzt zur Zuständigkeit des KG. gehört.

Der Senat sieht sich auch im vorl. Fall nicht veranlaßt, seine bisherige Rspr. einzuschränken. Einer Privatperson kann die Entsch. darüber, ob ein Testament materiell oder formell ungültig ist, keinesfalls überlassen bleiben, weil die Allgemeinheit ein berechtigtes Interesse daran hat, dies nachzuprüfen. Ist hiernach ein solches Schriftstück als Testament an das Nachlaßgericht abzuliefern und von diesem in Verwahrung zu nehmen, dann ergibt sich daraus auch, daß es den Beteiligten zur Nachprüfung seiner Rechtsgültigkeit und seines Inhalts zugänglich zu machen ist; diese Zugänglichmachung erfolgt in der Form der Eröffnung gem. § 2260 BGB. Hiervon kann selbst dann keine Ausnahme gemacht werden, wenn das Testament, wie im vorl. Falle, wegen eines Formmangels offenbar ungültig ist; denn auch an der Offenlegung dieses Formmangels haben die Beteiligten, die sich über das Vorhandensein und die Gültigkeit letztwilliger Anordnungen Gewißheit verschaffen wollen, ein berechtigtes Interesse. Deshalb ist vom Gesetz als Sammelstelle zur Verwahrung und zur Eröffnung aller Schriftstücke, die sich ihrem Inhalte nach als Testament des Erblassers darstellen, das Nachlaßgericht bestimmt worden. Die in § 2260 BGB. vorgeschriebene Form der Eröffnung in einem besonderen Termin mag zwar sinnlos erscheinen, wenn es sich um ein bereits unverschlossen vorliegendes offenbar formungültiges Testament handelt. Jedoch macht das Gesetz in dieser Hinsicht keine Ausnahme und würde schwerlich jemand Anstoß daran nehmen, wenn nicht daraus die Gebühr für die Testamentseröffnung erwachsen würde. Aber eine Gebühr wäre auch schon für die Mühewaltung des Gerichts gerechtfertigt, die darin liegt, daß es ein solches Testament in Verwahrung zu nehmen, sich von der etwaigen Ungültigkeit zu überzeugen und den Beteiligten hiervon Mitteilung zu machen hat; diese Mühewaltung hat jedoch, wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, auch bei offenbar ungültigen Testamenten einen guten Sinn.

Im vorl. Falle kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das in Betracht kommende Schriftstück seinem Inhalt nach ein gemeinschaftliches Testament der Eheleute H. darstellt, durch welches diese über ihren beiderseitigen Nachlaß Bestimmungen treffen wollten. Hat auch die Ehefrau, also die Erblasserin, die Urkunde nur mit ihrem Namen unterzeichnet, so ergibt doch der Zusammenhang mit dem darüber stehenden Inhalt dieser Urkunde, daß sie damit ihr Testament hat errichten wollen. Demzufolge bedarf das Schriftstück, obwohl es offenbar der Form des § 2267 i. Verb. m. § 2231 Nr. 2 BGB. nicht entspricht und daher ungültig ist, der Eröffnung gem. § 2260 BGB.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 17. Sept. 1936, 1 Wx 340/36.) [Sch.]

⟨= JFG. 14, 158.⟩

*

73. §§ 2353 ff. BGB.; §§ 18 ff. FGG. **Keine materielle Rechtskraft für Entscheidungen in Erbscheinssachen.**

Der Senat hat zwar bereits in dem früheren Beschlusse dahin Stellung genommen, daß der dem Hans T. erteilte Erbschein richtig sei, und hat demgemäß die damalige Weigerung des Nachlaßgerichtes, ihn einzuziehen, gebilligt. Diese Entsch. hat aber keine materielle Rechtskraft in dem Sinne, daß die Gültigkeit des vorl. Erbscheins aus den bisher erörterten Gründen in einem neuen Verfahren nicht mehr in Zweifel gezogen werden dürfte. Eine solche Rechtskraft kommt den Entsch. der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelmäßig mindestens dann nicht zu, wenn sie keine rechtsgestaltende Bedeutung haben und für das Prozeßgericht nicht maßgebend sind (vgl. RGZ. 124, 324 = JW. 1929, 2527 [22], 2951 [16]; ferner wegen des Verfahrens auf Berichtigung des Standesregisters: KGJ. 32, A 76; 39, A 41; wegen des handelsgerichtlichen Ordnungsstrafverfahrens und des Löschungsverfahrens: KGJ. 37, A 186; 47, 109; wegen des Verfahrens aus § 1635, 1666 BGB.: KGJ. 42, 23 und wegen des Grundbuchverfahrens: OLG. 2, 498; 4, 198; KGJ. 44, 301). Das gilt u. a. auch für das Erbscheinsverfahren. Hier kann eine materielle Rechtskraft deshalb nicht anerkannt werden, weil — im Gegensatz zu einer zwischen zwei Erbansprechern ergehenden unrichtigen, aber gleichwohl rechtskräftig werdenden prozeßgerichtlichen Entsch. über das Erbrecht — durch die Ausstellung oder durch die Ablehnung der Einziehung eines Erbscheins, auch wenn sie in letzter Instanz bestätigt wird, an der Erbfolge materiell nichts geändert wird. Ein etwa zu Unrecht ausgestellter Erbschein ist weiterhin unrichtig und bleibt es trotz Ablehnung seiner Einziehung. Er muß daher zur Vermeidung seines Mißbrauches auch fernerhin gem. § 2361 eingezogen werden können. Es würde dem Zwecke dieser Gesetzesbestimmung widersprechen, wenn man die Einziehung eines als unrichtig erkannten Erbscheines daran scheitern lassen wollte, daß sie früher einmal zu Unrecht abgelehnt worden ist. Es ist übrigens auch zu beachten, daß das Vorliegen eines unrichtigen Erbscheines nicht die Möglichkeit ausschließt, einen der wirklichen Rechtslage entsprechenden Erbschein auszustellen, und daß selbst eine frühere, letztinstanzlich gebilligte Ablehnung der Einziehung des ersteren Erbscheins keinesfalls der Ausstellung des letzteren entgegenstehen kann. Es würde aber ein unerträglicher Zustand sein, wenn zwei einander widersprechende Erbscheine in Verkehr bleiben müßten und es nicht mehr möglich wäre, den einen als unrichtig einzuziehen. Die Richtigkeit des vorl. Erbscheines muß daher, wie es in den Vorentscheidungen, in derjenigen des LG. wenigstens hilfweise, auch geschehen ist, erneut nachgeprüft werden.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 1. Okt. 1936, 1 Wx 293/36.) [H.]

Internationales Privatrecht

Bemerkung. Die zahlreichen wichtigen Entscheidungen über internationales Privatrecht nebst Anmerkungen kommen im Heft v. 19. Dez. 1936 zum Abdruck.

Freiwillige Gerichtsbarkeit

74. §§ 20, 57 Abs. 1 Nr. 5 und 9 RFGG.; §§ 1687, 1695 BGB.

1. Hat der Kindesvater durch letztwillige Verfügung eine Beistandschaft angeordnet, so ist die daraufhin vom VormGer. eingeleitete Beistandschaft, selbst wenn sie zugleich von der Kindesmutter beantragt war, auch als eine solche aus § 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB. aufzufassen. Ihre Aufhebung kann von den in § 57 Nr. 5 RFGG. bezeichneten Personen angefochten werden.

2. Das Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 5 RFGG. schließt nicht aus, daß auch aus Nr. 9 daselbst ein Beschwerderecht in Frage kommen kann, soweit es sich um eine die Person des Mündels betreffende Angelegenheit handelt.

3. Eine auf Antrag der Kindesmutter angeordnete Beistandschaft ist, wenn die Mutter die Aufhebung beantragt, doch nur dann aufzuheben, wenn ihre Aufrechterhaltung aus § 1687 Nr. 1 und 3 BGB. nicht erforderlich erscheint.

Der Landwirt D. hat in seinem Testament unter anderem bestimmt, daß, falls bei seinem Tode eines seiner Kinder noch minderjährig sein sollte, sein Neffe D. zum Vormund bestellt werden solle. Nach seinem Tode hat das AG. den D. auf Antrag der Witwe zum Beistand bestellt. Sein Wirkungskreis umfaßt die gesamte elterliche Gewalt und die Vermögensverwaltung gem. § 1693 BGB. Als die Mutter sich über die Amtsführung des Beistands beklagt hatte, hat das AG. die Beistandschaft aufgehoben, zumal der bestellte Auseinandersetzungspfleger die Interessen der Kinder ausreichend wahrnehme. Die Beschw. des D. ist vom LG. wegen Fehlens des Beschwerderechts verworfen worden. Seine weitere Beschw. hatte Erfolg.

Der Beistand hat allerdings kein eigenes Recht (§ 20 Abs. 1 RFGG.) zur Beschw. gegen die Aufhebung der Beistandschaft als solcher, weil er kein Recht auf ihre Fortdauer hat. Daß mit der Aufhebung zugleich das ihm übertragene Amt endet, begründet sein Beschwerderecht noch nicht, weil es sich dabei lediglich um eine notwendige Folge der Aufhebung der Beistandschaft handelt. Der BeschwF. kann ferner nicht mehr in Ausübung der ihm gem. § 1693 BGB. zustehenden Stellung eines Pflegers als gesetzlicher Vertreter der Kinder die Beschw. erheben. Diese Vertretungsbefugnis ist mit der Aufhebung der Beistandschaft beendet, weil die gerichtliche Entsch. gem. § 16 Abs. 1 RFGG. mit der Bekanntmachung wirksam geworden ist und die Einlegung der Beschw. hieran nichts ändert (§ 24 Abs. 1 RFGG.). Jedoch gehen die Ausführungen des LG. fehl, daß auch das Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 5 RFGG. nicht Platz greife. Danach steht die Beschw. gegen eine Verfügung, durch die im Falle des § 1687 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BGB. die Bestellung eines Beistandes abgelehnt oder die Bestellung aufgehoben wird, u. a. den Verwandten des Mündels zu. Die Bestellung des Beistandes auf Grund des § 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB. setzt eine Anordnung des Kindesvaters im Wege einer letztwilligen Verfügung voraus, während die Beistandschaft nach Nr. 3 daselbst anzuordnen ist, wenn sie das AG. aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes für erforderlich hält. Die in § 57 Nr. 5 RFGG. ausgenommene Beistandsbestellung gem. § 1687 Abs. 1 Nr. 2 BGB. betrifft den Fall ihrer Anordnung auf Antrag der Mutter. Da hier ein Antrag der Kindesmutter jedenfalls den äußeren Anlaß für die Einleitung der Beistandschaft gegeben hat, spricht allerdings die Sachlage zunächst für die Ansicht des LG. Jedoch wird dabei nicht hinreichend berücksichtigt, daß die letztwillige Verfügung des Kindesvaters, soweit sie eine Vormundschaft vorsieht, als Anordnung einer Beistandschaft i. S. des § 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB. aufgefaßt werden kann. Sollte allerdings die testamentarisch angeordnete Vormundschaft nur für den Fall gedacht sein, daß auch die Kindesmutter vor Volljährigkeit ihrer Kinder versterben würde, so würden hieraus Folgerungen für die vorl. Sache nicht gezogen werden können. Jedoch hat der Kindesvater offenbar gewünscht, daß die Kinder auf jeden Fall alsbald nach seinem Tode einen Vormund erhalten sollten. Wenn auch eine derartige Anordnung undurchführbar war, weil die elterliche Gewalt auf die Kindesmutter überging und daneben eine Vormundschaft nicht in Frage kam, so muß doch dann jedenfalls das Testament in die Anordnung einer Beistandschaft in dem weitesten, vom Gesetz zugelassenen Umfang umgedeutet werden. Dann aber war der Antrag der Mutter auf Bestellung eines Beistandes in erster Linie nur eine Anregung auf Einleitung der vom Erblasser angeordneten Beistandschaft und die entsprechende gerichtliche Maßnahme als eine solche aus § 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB. aufzufassen. Der Inhalt der Akten zwingt nicht zu einer anderen Auslegung der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung. Zum mindesten mußte das AG. bei Aufhebung einer auf Antrag geordneten Beistandschaft prüfen, ob etwa auch der gesetzliche Tatbestand des § 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB. vorlag. Wenn es trotzdem die Beistandschaft aufgehoben hat, so liegt darin die Ablehnung der Bestellung eines Beistandes auf dieser Rechtsgrundlage. Deshalb kann dem BeschwF. als Verwandten der Kinder ein Beschwerderecht aus § 57 Nr. 5 RFGG. nicht versagt werden, wenn er gerade auf die Nichtbeachtung des § 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB. bei der amtsgerichtlichen Entsch. seine Beschw. gründet.

Übrigens folgt ein Beschwerderecht für den BeschwF. auch noch aus § 57 Abs. 1 Nr. 9 RFGG., das neben dem Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 5 RFGG. selbständig besteht (Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 1687 Anm. V). Die Beistandschaft erstreckte sich hier auf die Unterstützung der Kindesmutter bei der Ausübung ihrer gesamten elterlichen Gewalt, also auch der Personensorge. Deshalb betrifft auch die Aufhebung der Beistandschaft eine Angelegenheit, die die Sorge für die Person der Kinder zum Gegenstand hat. Allerdings wäre in letzterem Falle auf die Beschw. nur nachzuprüfen gewesen, ob die Beistandschaft als eine solche für die Personensorge über die Kinder fortbestehen muß, da gegen die Aufhebung der Beistandschaft hinsichtlich des Kindesvermögens ein Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 9 RFGG. nicht herzuleiten ist.

Die angefochtene Entsch. muß daher aufgehoben werden.

Wenn das LG. im weiteren Verfahren zum Ergebnis gelangt, daß die testamentarische Bestimmung als Anordnung einer Beistandschaft i. S. des § 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB. aufzufassen ist, so würde sich damit die Entsch. des AG. ohne weiteres als unrichtig erweisen, weil dann, solange auch nur eins der Kinder noch minderjährig ist, eine Aufhebung der Beistandschaft nach § 1695 Abs. 1 BGB. ausgeschlossen war. Sollte wider Erwarten diese Voraussetzung verneint werden, so hat es bei der allgemeinen Prüfung aus § 1695 Abs. 1 BGB. zu verbleiben, ob die Beistandschaft im Interesse der Kinder nicht mehr erforderlich erscheint. Die Prüfung hat sich unabhängig von einem Antrage der Mutter zu vollziehen. Auch wenn also die Mutter jetzt entsprechend ihrem Antrage auf Bestellung eines Beistandes nunmehr die Aufhebung der Beistandschaft beantragt, muß das AG. doch prüfen, ob es nicht unter dem Gesichtspunkt des § 1687 Abs. 1 Nr. 3 BGB. die Aufhebung abzulehnen hat (OLG. 23, 414; Staudinger, § 1695 BGB. Anm. 1 b).

Eine andere, hier allerdings nicht zu entscheidende Frage ist es, ob im Falle des Fortbestehens der Beistandschaft der BeschwF. weiter im Amt eines Beistandes belassen und zu diesem Zweck wieder verpflichtet werden kann. Wenn er auch vom Kindesvater in erster Linie vorgeschlagen worden ist, so kann doch das VormGer. jederzeit gegen ihn gem. § 1886 BGB. einschreiten, wenn sein Verhalten, insbes. die Führung seines Amtes, das Interesse der Kinder gefährdet.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 9. Okt. 1936, 1 a Wx 1667/36.)

*

75. Wirtschafts- und Fachgruppen sind keine Organe des Handelsstandes im Sinne des § 126 FGG.

Durch einen Beschl. v. 16. Mai 1934 hat das AG. D. als Registergericht der Inhaberin und dem Vorinhaber der Firma P., der Frau Maria K. und dem Kaufmann Gustav Sch., beide in D., die Löschung der Einträge v. 18. Juli 1933

nach § 142 FGG. angedroht, weil der Inhaberwechsel und die entsprechende Firmenänderung der Tarnung eines jüdischen Unternehmens diene. Auf Widerspruch der beiden Beteiligten hat das Registergericht nach eingehenden Ermittelungen diesen Beschluß am 10. Dez. 1935 wieder aufgehoben, weil es sich der anfänglichen Annahme zuwider um eine ernst gemeinte und sachlich gerechtfertigte Geschäftsveräußerung gehandelt habe. Die Beschw. der Fachgruppe Kautschukindustrie der Wirtschaftsgruppe Chemische Industrie in B. hat das LG. D. am 14. März 1936 als unzulässig verworfen, weil, selbst wenn die Fachgruppe als ein Organ des Handelsstandes i. S. des § 126 FGG. anzusehen sein sollte, sie sich doch nicht am Verfahren als Antragstellerin beteiligt, der zweiten Voraussetzung des § 126 FGG. also nicht genügt und darum kein Beschwerderecht nach dieser Vorschrift habe. Die weitere Beschw. der Fachgruppe rügt, daß diese Aberkennung der Beschwerdebefugnis gesetzwidrig sei. Die Fachgruppe habe sich als Antragstellerin an dem Verfahren beteiligt und sei nach der ihr von den Vorschriften über den Aufbau der deutschen Wirtschaft angewiesenen Stellung ein Organ des Handelsstandes. Zum mindesten sei sie nach § 20 FGG. beschwerdeberechtigt, weil sie zur Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb berechtigt sei, vermöge dessen die — wie näher dargelegt — sachlich ungerechtfertigte Entsch. des Registergerichts für sie eine rechtliche Beeinträchtigung darstelle (vgl. BayObLGZ. 8, 567; 21, 357; 22, 92).

Die weitere Beschw. konnte nicht zum Erfolg führen. Das LG. hat die Beschwerdebefugnis der Fachgruppe mit Recht verneint.

Das Verfahren nach § 142 FGG. ist von Amts wegen durchzuführen und bedarf keines auf es gerichteten Antrags. Dagegen hängt die Beschwerdebefugnis im Falle des § 126 FGG. davon ab, daß die BeschwF. einen Antrag gestellt hat. Der Annahme des LG., daß es im vorl. Fall an einem solchen Antrag der BeschwF. fehle, kann nun allerdings nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß das Verfahren durch einen Antrag der Industrie- und Handelskammer in Gang gebracht worden ist und daß diese ihren Löschungsantrag im Laufe des Verfahrens hat fallen lassen. Neben ihr hat sich aber auch die Fachgruppe, der frühere Reichsverband der deutschen Kautschukindustrie, auf eine Weise an dem Verfahren beteiligt, die den von der Rspr. hinsichtlich der Antragstellung entwickelten Anforderungen Genüge leistet (vgl. Schlegelberger, Anm. 4 zu § 126 FGG.). Der Fachgruppe steht jedoch ein Beschwerderecht aus § 126 FGG. deswegen nicht zu, weil sie kein Organ des Handelsstandes im Sinne dieser Bestimmung ist. Unter einem solchen ist ein Gebilde zu verstehen, das mit Befugnissen ausgestattet ist, die sich auf die Führung des Handelsregisters beziehen (vgl. RJA. 2, 17; 7, 122, 194; OLG. 12, 201). Es fehlt an allen Anhaltspunkten dafür, daß die Gesetzgebung den Fachgruppen eine solche Stellung eingeräumt habe. Eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts liegt nicht vor, und es kann bezweifelt werden, ob ohne eine solche einem Wirtschaftsverband die Befugnisse eines Organs des Handelsstandes zuerkannt werden können; denn die Zuständigkeiten, die einem solchen Organ zukommen, müssen einen bestimmten Träger haben, und es sollte in dieser Hinsicht nach Möglichkeit kein Zweifel bestehen. Aber auch aus dem Zusammenhang der erlassenen Vorschriften (Ges. v. 27. Febr. 1934 [RGBl. I, 185]; VO. v. 27. Nov. 1934 [RGBl. I, 1194]; vgl. auch die VO. v. 25. Sept. 1935 [RGBl. I, 1169]) ergibt sich nichts zugunsten der von der BeschwF. in Anspruch genommenen Organstellung. Die Gesetzgebung über den Wirtschaftsaufbau verfolgt den Zweck, den Leerlauf der überorganisierten Wirtschaftsverbände und die Lückenhaftigkeit der organisatorischen Erfassung zu beseitigen (Pfundtner-Neubert III e 7 S. 1); das aus freiwilligen Zusammenschlüssen unorganisch erwachsene Verbandswesen sollte bereinigt werden (ebenda S. 5). Diese Zweckbestimmung der Vorschriften läßt keinerlei Zusammenhang mit der Führung des Handelsregisters ersehen, auf die schon bisher die Wirtschaftsverbände als solche keinen Einfluß hatten. Dazu kommt, daß, wenn überhaupt einem der von der Aufbaugesetzgebung geschaffenen Gebilde, den fachlichen Wirtschaftsverbänden (Gruppen; § 2 der VO.), den bezirklichen Organisationen (§ 3 der VO.) und den Wirtschaftskammern (§ 7 der VO.) die Befugnisse eines Organs des Handelsstandes zustehen sollten, dies nur auf die Kammern, nicht auf die fachlichen oder örtlichen Gruppen zutreffen könnte. Denn ein Organ des Handelsstandes muß, von hier fehlenden ausdrücklichen Ausnahmen abgesehen, den gesamten Handelsstand und darf nicht nur eine einzelne Interessenvereinigung verkörpern, überdies sollte es möglichst in einem örtlichen Zusammenhang mit den örtlich organisierten Registergerichten stehen. Ersteres deshalb, weil in dem Organ des Handelsstandes der Handel als solcher, nicht nur eine einzelne Richtung, zu Wort kommen soll; letzteres darum, weil eine ausreichende Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnissen, und zwar nicht nur hinsichtlich eines einzelnen Handelszweiges, erwünscht ist. Die Organe des Handelsstandes sollen den Registergerichten im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Auffassung der Handelskreise maßgeblich kundtun; das ist unmöglich, wenn als Organe des Handelsstandes die verschiedensten Stellen von den verschiedensten Gegenden des Reiches aus, womöglich einander durchkreuzend, eingreifen können. Daher ist es von vornherein unwahrscheinlich, daß die Absicht bestanden haben sollte, die der Sachlage angemessene einheitliche Zuständigkeit der erhalten gebliebenen (§§ 7, 26 der VO.) Industrie- und Handelskammern zu zersplittern. Es ist denn auch in den Bestimmungen, die der Industrie- und Handelskammern gedenken und sie in die Wirtschaftskammern eingliedern, nicht davon die Rede, daß die Industrie- und Handelskammern ihre Zuständigkeit in Ansehung des Handelsregisters mit anderen Stellen teilen oder an sie abgeben sollen (vgl. §§ 7, 11 Abs. 4, 26 der VO.; vgl. auch §§ 28 Abs. 3 und 30 Abs. 1). Und die Aufgabe der Wirtschafts- und Fachgruppen vollends ist derart bestimmt, daß deren Berechtigung zur Einflußnahme auf die Registerführung geradezu als ausgeschlossen erscheint. Nach § 16 der VO. hat die Gruppe ihre Mitglieder auf dem Fachgebiet zu beraten und zu betreuen, und demgemäß hat der Leiter der Gruppe deren und der Mitglieder Angelegenheiten auf fachlichem Gebiet zu fördern. Die Überwachung des Handelsregisters gehört nicht zum wirtschaftlichen Fachgebiet der einzelnen Gruppen, sondern stellt sich als Teilnahme an der rechtserheblichen Ordnung des Kaufmannsstandes dar.

Somit stand der Fachgruppe ein Beschwerderecht nach § 126 FGG. nicht zu. Ein solches ergibt sich für sie aber auch nicht aus § 20 FGG. Denn die Fachgruppe wäre durch eine etwaige Unrichtigkeit der amtsgerichtlichen Entsch. weder in öffentlich-rechtlicher noch in privatrechtlicher Hinsicht beeinträchtigt (vgl. KGJ. 28, A 39; 31, A 154; RJA. 7, 194). Was insbes. den wettbewerbsrechtlichen Anspruch betrifft, den die Gruppe geltend machen zu können behauptet, so kann dahingestellt bleiben, ob ihr ein solcher zustände. Denn auch er würde kein Recht darstellen, aus dem sie eine Beschwerdebefugnis in Registersachen herleiten könnte (RG.: JFG. 8, 7).

(OLG. München, 8. ZivSen., Beschl. v. 18. Aug. 1936, Wx Nr. 16/36.) [H.]

<= JFG. 14, 186.>

Zivilprozeßordnung

76. § 519 ZPO. Die Übersendung eines Verrechnungsschecks ist noch keine Zahlung. Diese ist erst erfolgt, wenn der Betrag eingegangen und verbucht ist.

Gegen das klageabweisende Urteil hat die Kl. am 20. Mai 1936 Berufung eingelegt. Durch Verfügung des Vorsitzenden des Senats v. 27. Mai 1936 wurde ihr eine Frist bis zum 15. Juni 1936 gesetzt, innerhalb deren der Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr von 153,54 *RM* zu erbringen sei. Die Kl. übersandte am 10. Juni 1936 der Gerichtskasse einen Verrechnungsscheck auf Berlin über 153,54 *RM*. Der Scheck ging am 12. Juni 1936 bei der Gerichtskasse in Köln ein. Am 17. Juni 1936 buchte die Gerichtskasse den Eingang der 153,54 *RM* und ging die Benachrichtigung dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu.

Die der Kl. gem. § 519 Abs. 6 ZPO. gesetzte Frist zum Nachweise der Zahlung der erforderten Prozeßgebühr ist nicht gewahrt worden. Die Frist lief am 15. Juni 1936 ab, der Nachweis der Zahlung ist erst am 17. Juni 1936 erbracht worden. Denn zum Nachweis der Zahlung ist nicht der Eingang des von der Kl. übersandten Verrechnungsschecks am 12. Juni 1936 genügend. Nach ständiger Rspr. (vgl. RG.: SeuffArch. 80 Nr. 102; 82 Nr. 15) ist vielmehr die Übersendung eines gedeckten Schecks lediglich ein Zahlungsversuch und ist als Zeitpunkt der Zahlung erst die Einlösung anzusehen. Der Senat sieht keinen Anlaß, in dieser Frage einen anderen Standpunkt einzunehmen. Daß der Grundsatz für den Fall der Zahlung der Prozeßgebühr wie sonst zu gelten hat, ist in der Entsch. des RG.: JW. 1935, 2955 ausdrücklich anerkannt. Es kann deshalb nur darauf ankommen, ob der Kl. gegen die Versäumung der Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist. Das ist zu verneinen, da die Nichtinnehaltung der der Kl. nach § 519 ZPO. gesetzten Frist auf keinem unabwendbaren Zufall beruht.

Wenn die Kl. geglaubt hat, die Einsetzung eines gedeckten Schecks sei als Zahlung anzusehen, so ist dieser Irrtum kein unabwendbarer Zufall. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte die Kl., wenn sie diese Zahlungsweise zur Wahrnehmung einer Frist kurz vor Fristablauf wählte, sich bei ihrem Prozeßbevollmächtigten hierüber unterrichten müssen. Als unabwendbarer Zufall könnte lediglich angesehen werden, wenn sich die Einlösung des Schecks durch besondere, für die Kl. nicht vorhersehbare Umstände verzögert hätte. Der Scheck ging am 12. Juni bei der Gerichtskasse ein, die Nachricht von der Gutschrift am 17. Juni. Diese Abwicklung ist als eine durchaus normale anzusehen, wenn man bedenkt, daß es sich um einen auf Berlin lautenden Verrechnungsscheck handelt. Dieser mußte zunächst von der Gerichtskasse der Reichsbank in Köln übergeben und von dieser nach Berlin eingesandt werden an die bezogene Bank. Diese mußte wieder die Reichsbank in Köln, und diese die Gerichtskasse in Köln benachrichtigen, daß die Einlösung erfolgt war. Da unter den 5 Tagen ein Sonntag war, an dem eine Förderung nicht eintreten konnte, hat sich die Einlösung des Schecks reibungslos in der zu erwartenden Zeit abgewickelt und konnte auch die Kl., als erfahrener Kaufmann, nicht mit einer schnelleren Einlösung rechnen. Der einzige Umstand, den sie wohl ohne Verschulden nicht in Rechnung gestellt hat, ist der, daß der 11. Juni 1936 in Köln als gesetzlicher Feiertag galt, so daß der Scheck nicht an diesem Tage, sondern erst am 12. Juni bei der Gerichtskasse einging. Dieser Umstand ist jedoch für den verspäteten Zahlungsnachweis nicht entscheidend. Denn auch wenn der Scheck am 11. Juni 1936 bei der Gerichtskasse eingegangen wäre, so wäre bei demselben Geschehenablauf, an dem nicht zu zweifeln ist, der Nachweis der Zahlung erst am 16. Juni 1936, also gleichfalls verspätet, erfolgt. Denn eine Ausschaltung des dazwischenliegenden Sonntags, des 14. Juni 1936, wäre auch auf diese Weise nicht eingetreten.

(OLG. Köln, 10. ZivSen., Urt. v. 10. Sept. 1936, 10 U 58/36.)

*

77. §§ 850, 850 b ZPO. Der Satz von 103 *RM* monatlich für den notwendigen Unterhalt eines Schuldners gilt für einen Angestellten in einem festen Arbeitsverhältnis. Für einen kaufmännischen Provisionsreisenden ist der pfandfreie Betrag auf 124 *RM* monatlich zu erhöhen.

Nach §§ 850 b, 850 Abs. 3 ZPO. ist dem Schuldner soviel zu belassen, als er für seinen notwendigen Unterhalt bedarf. Als diesen notwendigen Unterhalt sieht der Senat in ständiger Rspr., und zwar abgestellt auf die Bedürfnisse einer in einem festen Arbeitsverhältnis stehenden Person, den Betrag von 103 *RM* monatlich an. Er kann jedoch dann nicht gelten, wenn infolge besonderer Umstände ein höherer Betrag anzunehmen ist. Dies aber ist hier der Fall. Der Schuldner ist kaufmännischer Provisionsreisender und besucht als solcher seine Stadtkundschaft in Berlin. Es liegt auf der Hand, daß ihm dadurch Mehraufwendungen für Fahrgelder, Kleidung und zusätzliche Nahrung entstehen, welche die Aufwendungen eines Schuldners mit fester Arbeitsstätte erheblich übersteigen. Dies vorliegend um so mehr, als der Schuldner nach der Bescheinigung der Firma R. vom 23. Juli 1936 Gehalt und Provision bezieht und danach ersichtlich eine intensive Tätigkeit zu entfalten hat. Schon dies rechtfertigt die von dem LG. ausgesprochene Erhöhung des pfandfreien Betrages von 103 auf 124 *RM* monatlich. Sache der Gläubigerin bleibt es, sich über die auf Grund des Pfändungsbeschlusses seitens der Drittschuldnerin zu zahlenden Beträge mit dieser, eventuell im Prozeßwege, auseinanderzusetzen.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 4. Sept. 1936, 8 W 4679/36.)

*

78. § 850 b ZPO. Bei der Berechnung des jeweils pfändbaren Wochenbetrags ist ein Ausgleich zwischen den Wochen mit voller Beschäftigung und den Kurzarbeitswochen nicht zulässig. †)

Der Schuldner verrichtet Kurzarbeit. Er arbeitet drei Wochen hintereinander und feiert dann eine Woche. In jeder Arbeitswoche bekommt er seinen Arbeitslohn ausgezahlt, in der Feierwoche erhält er nach den Feststellungen des LG. nichts, auch keine Unterstützung aus öffentlichen Mitteln oder Mitteln der Arbeitslosenversicherung. Nach Erlaß der landgerichtlichen Entsch. hat sich herausgestellt, daß der Schuldner, welcher zur Zeit der Einlegung der Erinnerung in drei Wochen zusammen 116,73 *RM* Bruttolohn hatte, neuerdings nur 64 *RM* brutto verdient und in der Feierwoche, wohl mit Rücksicht auf diesen geringeren Verdienst, 9 *RM* Kurzarbeiterunterstützung erhält.

Das LG. will für einen solchen Fall die Bestimmung des § 850 b ZPO. dahin auslegen, daß der Schuldner so behandelt wird, als ob er in jeder Woche Arbeit leiste und in jeder Woche Lohn erhalte. Infolgedessen will es den tatsächlich in drei Wochen ausgezahlten Lohn auf vier Wochen verteilen. Dabei will es sich einer Entsch. des OLG. Danzig: Das Recht 1936 Nr. 4435 anschließen, wonach die Pfändung nicht ohne Rücksicht auf anschließende Lohnabschnitte erfolgen dürfe. Es meint, es sei ein reiner Zufall, daß der Arbeitgeber des Schuldners die Kurzarbeit gerade in der oben geschilderten Weise geregelt habe, er habe das auch so tun können, daß der Schuldner in jeder Woche arbeite und daher für jede Woche Lohn erhalte.

Der Senat kann sich dieser Auffassung nicht anschließen. Das Gericht ist an den Wortlaut des § 850 b ZPO. gebunden. Danach kommt es nur auf den Zeitraum an, für welchen der Lohn ausgezahlt wird. Der Schuldner arbeitet gegen Wochenlohn und erhält für jede geleistete Arbeitswoche dementsprechend seinen Lohn ausgezahlt. Das ist der Entsch. zugrunde zu legen. Daß er Kurzarbeit in der Weise leistet, daß er jede vierte Woche feiert und für diese Woche keinen Lohn erhält, kann nicht berücksichtigt werden, ebensowenig, daß er für diese Woche keine Unterstützung irgendwelcher Art erhält. Dabei muß es als unerheblich angesehen werden, daß der Schuldner bei einer anderen Regelung der Kurzarbeit günstiger gestellt wäre. Eine solche Berücksichtigung könnte nur auf Grund des Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes stattfinden, welches allerdings zur Voraussetzung hat, daß sich das Vorgehen des Gläubigers nach Prüfung aller Umstände des Falles, insbes. auch eines berechtigten Schutzbedürfnisses des Gläubigers, als eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte darstellt. Es muß dem Schuldner überlassen bleiben, einen dahingehenden Antrag an das AG. zu richten (vgl. KG.: JW. 1935, 1715).

(OLG. Dresden, 6. ZivSen., Beschl. v. 15. Okt. 1936, 6 W 1131/36.)

Anmerkung: Ich vermag der Entsch. nicht zuzustimmen.

In der alten Zeit, als im LohnbeschlG. und in der ZPO. als Pfändungsgrenze nur ein Jahresbetrag ausgeworfen war, ging die herrschende Ansicht dahin, daß bei Bemessung des pfändungsfreien Betrages auf Schwankungen des

Lohneinkommens innerhalb des Jahres in Gestalt eines Durchschnittssatzes Rücksicht zu nehmen sei. Nachdem dann das Gesetz beim Eintritt in die Periode der großen Zahlen dazu übergegangen war, die Grenze in Monats- und später auch in Wochen- und Tagesbeträgen zu bestimmen, hat sich die Rspr. wohl einhellig auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt. Der Ausgleichsgedanke hatte — jedenfalls über größere Perioden erstreckt — in der Tat auch keine Berechtigung mehr in einer Zeit, wo man grundsätzlich dazu übergegangen war, dem an saisonmäßige Arbeitsverhältnisse gebundenen Arbeiter, insbes. dem Bauarbeiter, in der Zeit des Brachliegens seiner Tätigkeit Bezüge aus der Arbeitslosenversicherung usw. zu gewähren. Im Laufe der Zeit haben sich nun aber auf dem Arbeitsmarkt wiederum Gestaltungsformen herausgebildet, die im Rahmen kürzerer Zeitabschnitte den Ausgleichsgedanken wieder sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen. Das sind vor allem gewisse Formen der Kurzarbeit: Statt daß der im festen Arbeitsverhältnis stehende Arbeiter im ganzen Zeitabschnitt gleichmäßig täglich einige Stunden weniger arbeitet, ist — wie im vorl. Falle — aus betriebstechnischen oder sonstigen Gründen die Regelung so getroffen, daß er drei Wochen voll und eine Woche gar nicht arbeitet und dementsprechend auch der Lohn ausgezahlt wird. Ich glaube, wenn der Turnus zwischen Arbeit und Feiern sich innerhalb einer Woche vollzöge, würde über die Notwendigkeit des Ausgleichs kaum ein Zweifel bestehen, und zwar auch dann nicht, wenn, wie bei manchen Arbeitsverhältnissen, der Lohn täglich ausgezahlt wird. Mit logischen Gründen wird man sich in der Frage gegenseitig kaum überzeugen können — es stehen sich hier eben sachlich-wirtschaftliche und rein formale Betrachtung gegenüber; daß die erstere den Verhältnissen eher gerecht wird, dürfte aber m. E. kaum zweifelhaft sein.

Wird für die Feierwoche aus öffentlichen Mitteln eine Kurzarbeiterzulage gewährt, so wird sie bei der Berechnung des pfändungsfreien Lohnteiles miteinzubeziehen sein. D. h. bei der Berechnung wird als Wochenlohn ein Viertel des Monatseinkommens — bestehend aus drei Wochenlöhnen und einer Kurzarbeiter-Wochenunterstützung einzusetzen sein. Das dürfte wohl die allein sachgemäße Lösung dieser im Gesetz nicht geregelten Frage sein. Die Frage der Zusammenrechnung der aus verschiedenen Verdienstquellen fließenden Einnahmen liegt wesentlich anders — im vorl. Falle handelt es sich nur um die Auffüllung eines Lohnbetrages, der an sich das Äquivalent einer Dreiwochenarbeit ist, auf einen Betrag, der ein — wenn auch geringeres — Äquivalent für vier Wochen darstellt.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

79. § 851 ZPO.; § 399 BGB. **Ein Schuldbefreiungsanspruch kann nicht übertragen werden und unterliegt insoweit nicht der Pfändung, wenn dies eine wesentliche Inhaltsänderung des Anspruchs bedeuten würde.** †)

Den auf Antrag des Gläubigers von dem Vollstreckungsgericht erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß hat das AG. auf die Erinnerung der Schuldnerin wegen rechtlicher Unzulässigkeit der Forderungspfändung aufgehoben. Auf die dagegen von dem Gläubiger erhobene sofortige weitere Beschw. hat das LG. unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses den ursprünglichen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erlassen, wonach die angebliche Forderung der Schuldnerin, durch Zahlung von 123 *RM* von ihren Verbindlichkeiten gegenüber den Ärzten K., S. und D. freigestellt zu werden, gepfändet und zur Einziehung überwiesen wurde.

Das LG. hat seine Entsch. damit begründet, daß die Rspr. die Abtretbarkeit einer Forderung an den Gläubiger der zu befreienden Forderung zugelassen habe und daß, solange die Schuldnerin davon keinen Gebrauch gemacht habe, der Schuldbefreiungsanspruch von den Parteien durch Vertrag zum Erlöschen gebracht werden könne. Es müsse also auch möglich sein, dieselbe Wirkung durch Zwangsvollstreckung zu erreichen.

In der Rspr. und Schrifttum besteht Einigkeit darüber, daß die Abtretung und somit Pfändung des Befreiungsanspruches an den Gläubiger der Forderung, von der der Gläubiger des Befreiungsanspruches befreit werden soll, zulässig ist (JW. 1913, 497 = RGZ. 81, 250; JW. 1928, 2849 = RGZ. 121, 303; Jonas, § 851, III; RGRKomm., § 399, 2). Daraus ist aber kein Anhaltspunkt für die Zulässigkeit der Pfändung und Überweisung im vorl. Fall zu entnehmen. Denn es ist damit nur die Abtretbarkeit in einem solchen Sonderfall anerkannt worden, weil hierbei eine Veränderung des Leistungsinhalts i. S. des § 399 BGB. nicht eintritt, da die Leistung nach wie vor auf Befriedigung des Gläubigers für seine Forderung gegen den Zedenten geht (JW. 1912, 857 [12]). In den anderen Fällen aber ist eine Abtretbarkeit verneint worden, weil sonst der Befreiungsanspruch in seinem Inhalt wesentlich geändert werde, denn mit der Abtretung verwandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Anspruch des Zessionars auf Leistung zugunsten eines Dritten, nämlich des Abtretenden (JW. 1932, 790; 1911, 711 [8]).

Die Zulässigkeit der Abtretung an bzw. Pfändung durch den Schuldner selbst, kann aber nicht aus der Tatsache, daß Gläubiger und Schuldner in der Lage sind, den Anspruch vertraglich zum Erlöschen bringen zu können, hergeleitet werden, wie das LG. es getan hat. An sich ist ein Anspruch ohne wesentliche Inhaltsänderung auf den Schuldner nicht übertragbar, da im Augenblick der Vereinigung der Person des Schuldners mit der des Gläubigers der Anspruch erlischt. Dieser Vorgang tritt aber immer ein, so daß, wenn diese Überlegung ausschlaggebend wäre, ein Anspruch nie von einem Gläubiger gepfändet werden könnte. Die Frage der Zulässigkeit einer solchen Pfändung ist also aus anderen nicht in der Person des Schuldners begründeten Gesichtspunkten zu beantworten. Wenn der Befreiungsanspruch an Dritte überhaupt nicht abtretbar ist, so kann für den Schuldner des Befreiungsanspruchs keine Ausnahme gelten. Danach vermag auch die besondere Behandlung der Abtretung des Befreiungsanspruches an den Gläubiger nichts zu ändern. Mithin kann auch im vorl. Fall der Gläubiger den Befreiungsanspruch nicht pfänden, da er nicht aus der allein zulässigen Abtretung an einen bestimmten Gläubiger entgegen der grundsätzlichen Regelung Rechte für sich herleiten kann.

Das LG. kann sich bei seiner Beurteilung auch nicht mit Recht auf die Entsch. in JW. 1928, 2558 stützen, in der die Pfändung und Überweisung des Schuldbefreiungsanspruches des Verkäufers eines mit seiner Hypothek belasteten Grundstücks durch den Übernehmer für zulässig erklärt worden ist. Es ist hierbei nicht beachtet, daß in der angezogenen Entsch. sich in der Person des Übernehmers auch die Person des Gläubigers der zu befreienden Forderung verkörpert. Denn nach dem Tatbestand hatte der Übernehmer die Hypothek bereits an den Hypothekengläubiger zurückgezahlt. Gemäß § 1143 BGB. stand ihm damit die persönliche Forderung zu. Nach dem Übernahmevertrag war er verpflichtet, den Verkäufer von dieser persönlichen Forderung freizustellen. Das tat er durch die Pfändung und Überweisung. Es liegt also dieser Entsch. ein ähnlicher Tatbestand zugrunde, als er den anderen oben angeführten Entsch. zu eigen ist. Es steht somit fest, daß der Schuldbefreiungsanspruch nicht ohne wesentliche Inhaltsänderung auf den Gläubiger N. übertragen werden kann. Er ist also insoweit auch nicht der Pfändung unterworfen.

(OLG. Frankfurt a. M., Beschl. v. 25. Aug. 1936, 4 W 107/36.)

Anmerkung: Es handelt sich um die Abtretbarkeit und die damit verbundene Pfändbarkeit des Schuldbefreiungsanspruchs. Die in Theorie und Praxis herrschende Lehre hält den Befreiungsanspruch für unabtretbar und begründet diese Stellungnahme damit, daß er zu denjenigen Ansprüchen zähle, die durch eine Abtretung eine Inhaltsänderung erführen. Man möchte auf den ersten Blick an der Richtigkeit dieser Auffassung zweifeln. Denn wenn S. dem G. 1000 *RM* schuldet und X. verpflichtet ist, ihn von dieser Schuld zu befreien, so scheint sich an der Rechtslage des X. nichts dadurch zu ändern, daß S. den Anspruch auf Schuldbefreiung an C. zediert: es kann dann

eben C. von X. verlangen, daß er den S. dem G. gegenüber liberiere, mit andern Worten der S. wird zu einem Dritten, zu dessen Gunsten der C. einen Anspruch gegen den X. erworben hat, eine Rechtsfigur, die dem System des Obligationenrechts gewiß nicht fremd ist und von der nicht recht einzusehen ist, inwiefern der X. durch sie in eine andere und nachteiligere Rechtsposition geraten sein soll, als er sie vorher inne hatte. In Wahrheit aber hat es schon seine Richtigkeit mit dem Standpunkt der herrschenden Lehre. Denn selbst wenn der Anspruch, von dem der Schuldner befreit werden soll, ein Geldanspruch ist, läuft die Leistung des Befreiungspflichtigen nicht ohne weiteres auf die unpersönliche Zahlung einer Geldsumme hinaus. Vielmehr läßt sich eine Befriedigung des Gläubigers u. U. auch auf andere Weise herbeiführen (Leistung an Erfüllungs Statt, Vergleich, Forderungserlaß, Aufrechnungsvertrag usw.) und für manche der hier in Betracht kommenden Möglichkeiten ist, wie ein Entgegenkommen des Gläubigers, so auch eine von gutem Willen oder gar von einer gewissen Opferbereitschaft getragene Mitwirkung des Befreiungsberechtigten erforderlich, so daß tatsächlich der Inhalt des Befreiungsanspruchs nicht unabhängig ist von der Persönlichkeit desjenigen, der ihn geltend zu machen befugt ist. Von der hieraus sich ergebenden Unabtretbarkeit und Unpfändbarkeit des Befreiungsanspruchs machen aber Literatur und Praxis (vgl. außer der schon oben angeführten Judikatur noch KG. und OLG. Celle: OLGRspr. 22, 387 und 23, 16) eine Ausnahme mit Recht dann, wenn der Gläubiger selbst, dem gegenüber die Befreiung erfolgen soll, sich den Liberierungsanspruch abtreten bzw. ihn pfänden läßt: denn durch solche Akte gibt der Gläubiger zu erkennen, daß er auf eine Abwicklung des Schuldverhältnisses, die in anderer Weise als mittels normaler Erfüllung erfolge, sich einzulassen nicht beabsichtige — wonach es allerdings keinen Sinn mehr hätte, den Befreiungsanspruch in Ansehung seiner Abtretbarkeit anders als jeden gewöhnlichen Zahlungsanspruch zu behandeln. In dem obigen Urteil handelt es sich um die Frage, ob eine weitere Ausnahme vom Prinzip der Unübertragbarkeit des Liberierungsanspruchs dann anzuerkennen sei, wenn der Befreiungspflichtige selbst den Befreiungsanspruch, sei es im Wege der Zession, sei es im Wege der Pfändung, erwirbt. Das OLG. Frankfurt lehnt eine solche weitere Ausnahme ab, freilich letzten Endes mit keiner anderen Begründung, als daß eine weitere Ausnahme nicht einzuräumen sei. Ich halte diesen Standpunkt nicht für richtig. Denn an sich kann jeder Anspruch vom Berechtigten an den Verpflichteten zediert werden; er geht dann eben durch Konfusion unter. Nun kann zweifellos der Schuldbefreiungsanspruch von den Parteien, zwischen denen er entstanden ist, im Wege des Vertrags zum Erlöschen gebracht werden. Es ist nicht ersichtlich, warum dieser Erfolg von ihnen nicht auch mittels Zession oder dadurch soll herbeigeführt werden können, daß der Befreiungsverpflichtete sich den Befreiungsanspruch auf Grund einer gegen den Befreiungsberechtigten ausgebrachten Pfändung überweisen läßt. Von diesem Rechtsboden aus erübrigen sich die Sonderbetrachtungen, die das obige Erkenntnis für den Fall anstellt, daß der Befreiungsanspruch, den der Grundstücksverkäufer in Ansehung der Hypothekenforderung gegen den Grundstückskäufer hat, von letzterem gepfändet wird; insbes. ist es für die Zulässigkeit solcher Pfändung nicht erforderlich, daß der Grundstückskäufer zuvor den Hypothekengläubiger befriedigt hat.

Prof. Dr. Titze, Berlin.

Gebühren- und Kostenrecht

Bemerkung. Im Anschluß an die Hefte 31, 36, 40 und 44 ist eine Zusammenstellung neuester Kostenentscheidungen in Heft 48 v. 28. Nov. 1936 S. 3319 ff. veröffentlicht. Die nächste Fortsetzung folgt im Heft v. 19. Dez. 1936.

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

80. §§ 1, 4 Ges. über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904 (RGBl. 321); § 3 des 3. ÜberleitG. vom 24. Jan. 1935 (RGBl. I, 68); StraffreihG. vom 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769). Bei Einstellung des Verfahrens auf Grund eines StraffreihG. hat das Gericht über die Verpflichtung der Reichskasse zur Entschädigung keinen Beschluß zu erlassen.

Die zulässige Beschw. der StA. über den die von ihr beantragte Beschlußfassung ablehnenden Beschl. der StrK. ist unbegründet. § 1 EntschädG. geht von solchen Entsch. aus, die sich mit der Frage der Schuld oder Unschuld des Angekl. befaßt haben. Das trifft bei einer Einstellung des Verfahrens auf Grund eines StraffreihG. nicht zu; denn hier wird für die in Betracht kommenden Fälle auf den etwaigen Strafanspruch gegen einen Beschuldigten verzichtet, gleichviel, ob die Beschuldigung mit Recht oder mit Unrecht erhoben wird, und zwar mit der Wirkung, daß verfahrensrechtlich ein Hinderungsgrund für den Fortgang der Untersuchung geschaffen wird und sachlich-rechtlich der Strafanspruch selbst erlischt. Diese Folgen treten kraft Gesetzes ein. Die aktenmäßige Einstellung des Verfahrens hat nur feststellende Wirkung (vgl. RGSt. 69, 124 = JW. 1935, 1633[14] [m. Anm.]; s. auch Burlage, Kommentar zum Entschädigungsgesetz S. 30 unter e; Schäfer: DJ. 1936, 724). Aus dem in der Beschw. angeführten Urt. des RG. v. 8. Mai 1936 (DJ. 1936, 1268 = JW. 1936, 2239[42]), das sich mit der Frage beschäftigt, ob bei Erlaß eines AmnestieG. Freisprechung oder Einstellung zu geschehen habe, lassen sich zugunsten der Beschw. keine Schlüsse herleiten. Hiernach war für eine Beschlußfassung auf Grund des Ges. v. 14. Juli 1904 kein Raum.

(KG., 1. StrSen., Beschl. v. 29. Sept. 1936, 1 Ws 508/36.)

*

Dresden

81. §§ 5, 25, 27 Abs. 1 und 2, 30 Abs. 1 RStraßVerkO.; Abs. 1 AusfAnw. zum § 5 Abs. 3 RStraßVerkO.; Abs. 1 Satz 3 AusfAnw. zum § 27 RStraßVerkO.; § 230 Abs. 2 StGB. Lastkraftwagenführer sind nicht „langsam bewegliche Verkehrsteilnehmer"; durch die Ladung darf auch der Beifahrer nicht geschädigt werden; Rechtsfehler nötigen nicht zur Aufhebung des Urteils, wenn es sonst im Endergebnis dem gesunden Volksempfinden entspricht.

Der Angekl. bezieht sich zu Unrecht auf die in Abs. 1 Satz 3 der AusfAnw. zu § 27 RStraßVerkO. enthaltene Bestimmung, wonach ein Vorfahrtsrecht nicht besteht, wenn der sonst Berechtigte erst an der Kreuzung eintrifft, während ein langsam beweglicher Verkehrsteilnehmer sich schon in der Kreuzung befindet und zur Gewährung der Vorfahrt im Bereich der Kreuzung halten müßte. Denn unter einem „langsamen Verkehrsteilnehmer" i. S. dieser AusfAnw. ist nur ein Verkehrsteilnehmer anzusehen, der nach Art und Beschaffenheit des Fahrzeugs oder nach seiner Natur auf langsames Sichfortbewegen eingestellt bzw. angewiesen ist, d. h. also nur ein „anderer Verkehrsteilnehmer i. S. von § 27 Abs. 1 RStraßVerkO., d. h. andere Verkehrsteilnehmer als Kraftfahrzeuge und durch Maschinenkraft angetriebene Schienenfahrzeuge (vgl. RG. v. 13. März 1936, 4 D 88/36: JW. 1936, 1376[21] = VAE. 1936, 295 Nr. 264; vgl. ebenda 1936, 80 Nr. 67). Der Angekl. ist mithin als Führer eines Lastkraftwagens nicht als langsamer Verkehrsteilnehmer i. S. der angezogenen AusfAnw. anzusehen, so daß diese Ausnahme von den allgemeinen Vorfahrtsbestimmungen auf ihn nicht anwendbar ist.

Rechtlichen Bedenken begegnet nur die Verneinung einer

schuldhaften Verletzung des § 25 RStraßVerkO. und des § 230 Abs. 2 StGB.

Als Führer des Lastkraftwagens war der Angekl. grundsätzlich nach Abs. 1 der AusfAnw. zu § 5 Abs. 3 zur RStraßVerkO. für verkehrssichere Beladung verantwortlich, insbes. hatte er darauf zu achten, daß die Fässerladung so verstaut war, daß sie niemanden — also auch nicht den Beifahrer — schädigte, behinderte oder belästigte (§ 30 Abs. 1 RStraßVerkO.). Der Amtsrichter hat hierzu nur bemerkt, daß eine Verantwortlichkeit des Angekl. nicht festgestellt sei. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage war es aber geboten, darzulegen, warum in diesem besonderen Falle die gesetzlich vermutete Verantwortlichkeit des Angekl. ausgeschlossen gewesen sei.

Der Senat hatte deshalb auf Grund von § 358 Abs. 2 StPO. zu erwägen, ob wegen dieses Mangels das Urteil zum Nachteil des BeschwF. aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen sei. Er hat jedoch davon aus folgenden Gründen abgesehen.

Wenn auch eine Körperverletzung bzw. Schädigung des Zeugen im Rechtssinne vorliegt, so hat sie sich doch auf die Zufügung von geringfügigen, offensichtlich nur vorübergehenden Schmerzen beschränkt. Überdies trifft das überwiegende Verschulden den Verletzten selbst. Es wäre deshalb bei einer Zurückverweisung der Sache auch im Falle einer Verurteilung des Angekl. in der neuen erstinstanzlichen Verhandlung wegen Vergehens nach § 230 Abs. 2 StGB. in rechtlichem Zusammentreffen mit Übertretung nach § 25 und § 27 Abs. 2 RStraßVerkO. keine andere Strafe zu erwarten. Das angefochtene Urteil steht also trotz des gekennzeichneten Rechtsfehlers im Endergebnis mit der wahren Gerechtigkeit und dem gesunden Volksempfinden nicht in Widerspruch.

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Urt. v. 18. Sept. 1936, 6 Ss 160/36 und 21 98/36.)

*

82. §§ 25, 36 RStraßVerkO.; § 230 Abs. 2 StGB. Jeder Verkehrsteilnehmer muß sich zunächst darauf verlassen können, daß die anderen Verkehrsteilnehmer — abgesehen von kleinen Kindern und erkennbar Körperbehinderten — sich verkehrsmäßig richtig verhalten. Theoretische Kenntnisse des Kraftfahrzeugs sind für die Anwendung des § 230 Abs. 2 StGB. ohne jede Bedeutung. †)

Die Annahme des Amtsrichters, der Angekl. habe an der gefährlichen Kreuzung, an der es zum Zusammenstoß gekommen ist, auch ohne besondere Anhaltspunkte mit verkehrswidrigem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer rechnen müssen, ist rechtsirrig. Wenn eine derartige Meinung auch in der früheren Rspr. für den Geltungsbereich der inzwischen aufgehobenen KraftfVerkO. vertreten worden ist, so erscheint sie nach der einhelligen Rspr. des RG. und der OLG., mit der durch die RStraßVerkO. geschaffene Rechtslage nicht vereinbar. Wollte man grundsätzlich fordern, daß ein Kraftfahrer an jede unübersichtliche und durch Sperrketten als gefährlich erkennbare Straßenkreuzung nur langsam heranfahren dürfe, weil anderenfalls bei verkehrswidrigem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer ein Zusammenstoß herbeigeführt werden könnte, so würde dies der von der RStraßVerkO. gewollten Förderung eines flüssigen Verkehrs widersprechen, die sie dadurch erstrebt, daß sie jedem Teilnehmer am öffentlichen Verkehre verpflichtet, sich so zu verhalten, daß er keinen anderen schädigt oder mehr als unvermeidbar belästigt (§ 25 RStraßVerkO.). Jeder Verkehrsteilnehmer muß sich zunächst darauf verlassen können, daß die anderen Verkehrsteilnehmer — abgesehen von kleinen Kindern und erkennbar Körperbehinderten — die Verpflichtung beachten und erst wenn besondere Umstände erkennen lassen, daß dies im gegebenen Falle nicht zutrifft, muß der Verkehrsteilnehmer zur Verhütung eines Unfalles sein Verhalten danach einrichten.

Der Amtsrichter sieht den Angekl. als Berufsfahrer im Sinne von § 230 Abs. 2 StGB. an auf Grund der Feststellung, dieser sei als Ingenieur bei der A.-AktG. angestellt, beschäftige sich ausschließlich mit Kraftfahrzeugen und habe auch „gelegentlich" im Auftrage seiner Arbeitgeberin in Ausübung seines Berufes Fahrten mit Kraftfahrzeugen auszuführen. Auch solche „gelegentliche" Fahrten genügten zur Bejahung der Berufsfahrereigenschaft nach § 230 Abs. 2 StGB. Diese Annahme kann nicht gebilligt werden; denn nur ganz ausnahmsweise erfolgende Fahrtätigkeit läßt das Kraftwagenfahren nicht als eine Hilfs- oder Nebenverrichtung der Berufstätigkeit des Angekl. erscheinen und erfüllt die Voraussetzung des § 230 Abs. 2 StGB. nicht. Die Tatsache dagegen, daß der Angekl. durch seine ausschließliche Beschäftigung mit Kraftfahrzeugen als Ingenieur bei der A.-AktG. eine besonders große theoretische Kenntnis vom Kraftfahrzeug besitzen mag, ist für die Entscheidung der Frage, ob er als Berufsfahrer anzusehen ist, gänzlich belanglos.

(OLG. Dresden, 3. StrSen., Urt. v. 27. März 1936, 6 Ss 52/36 und 22 24/36.)

Bemerkung: Vgl. RG. v. 5. Okt. 1936, 2 D 613/36 in diesem Heft S. 3463[37].

*

Königsberg

83. §§ 2, 9 LuftschutzG.; § 59 StGB. Aus § 9 Abs. 1 LuftschutzG. ergibt sich, daß nicht nur vorsätzliches Handeln strafbar ist. Die Rechtswidrigkeit ist kein Tatbestandsmerkmal der §§ 2, 9 LuftschutzG.

Die Rev. folgert zu Unrecht aus dem Worte „zuwiderhandelt" in § 9 Abs. 1 LuftschutzG., daß nur vorsätzliches Handeln strafbar sei. Der Angekl. hat zwar ein Entschuldigungsschreiben an den Luftschutzführer gesandt, jedoch von dessen Erfolg keine Kenntnis erhalten. Er hat es vielmehr darauf ankommen lassen und im Bewußtsein der Möglichkeit, daß die Entschuldigung nicht für genügend erachtet werde, und diese Möglichkeit in seinen Willen aufnehmend, es unterlassen, an der Schulungsfahrt teilzunehmen. Das genügte aber zur Feststellung des bedingten Vorsatzes.

Bei dieser Rechtslage ist es ohne Bedeutung für die Feststellung der Schuld des Angekl., ob der Luftschutzführer den Angekl. davon hätte benachrichtigen müssen, daß er dessen Entschuldigungsschreiben für nicht genügend erachte.

Wenn die Rev. nun geltend macht, der Angekl. habe geglaubt, er habe durch Übersendung des Entschuldigungsschreibens den bestehenden Vorschriften Genüge getan, so will sie anscheinend damit sagen, der Angekl. habe die Rechtswidrigkeit seiner Unterlassung nicht gekannt. Das greift jedoch nicht durch, weil die Rechtswidrigkeit kein Tatbestandsmerkmal der Übertretung der §§ 2, 9 LuftschutzG. ist. Daß der Vorderrichter auf den § 59 StGB. nicht eingegangen ist, kann ihm nicht zum Vorwurfe gemacht werden, weil der Angekl. im ersten Rechtszuge sich nicht auf ihn berufen hat (RGSt. 52, 261).

(OLG. Königsberg, Urt. v. 14. Okt. 1936, Ss 174/36.)

Landgerichte: Zivilsachen

Hamburg

84. Art. 30 EGBGB. ist anzuwenden, wenn die Anwendung des rumänischen Unterhaltsgrundsatzes (Code Civil) dazu führt, daß ein Ausländer im Falle erwiesener Bedürftigkeit unterstützt werden muß (§§ 7, 13 FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924 [RGBl. I, 100]). †)

Der Kl. nimmt den Bekl. als außerehelichen Erzeuger auf Unterhalt in Anspruch. Er hat durch seine Mutter die rumänische Staatsangehörigkeit, während der Bekl. Spanier ist.

Der Unterhaltsleistungsanspruch ist nach dem Heimatrecht der Mutter, welche eine Rumänin ist, zu beurteilen (Art. 21 EGBGB.). Die Vorbehaltsklausel des Nachsatzes von Art. 21 EGBGB. scheidet im vorl. Falle aus, weil der Bekl. Spanier ist. In Rumänien gelten verschiedene Rechte. Maßgebend ist dasjenige Recht, welches an demjenigen Orte gilt, an welchem

die Kindesmutter ihren letzten rumänischen Wohnsitz oder in Ermangelung desselben ihren Aufenthaltsort gehabt hat. Bei der Kindesmutter entfällt beides, weil sie nur in Deutschland gelebt hat, deshalb kommt das Recht der Hauptstadt Rumäniens, Bukarest, zur Anwendung. Dort gilt altrumänisches Recht (vgl. Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 537 ff.). Danach ist, wie auch nach spanischem Recht, die Nachforschung der außerehelichen Vaterschaft entsprechend dem Code Civil untersagt. Dieser Grundsatz gilt mit wenigen Ausnahmen kriminellen Tatbestandes, wie vom Vorderrichter zutreffend ausgeführt ist. Der Tatbestand der Entführung ist deshalb nicht gegeben, weil die Kindesmutter, wie Kl. selbst vorträgt, im Einverständnis mit ihren Eltern mit dem Bekl. gegangen ist. Daß die Eltern nicht mit einem Geschlechtsverkehr einverstanden gewesen sind, ändert daran nichts.

Dieses Gericht vermag sich nicht der Rechtsanschauung des Vorderrichters anzuschließen, daß Art. 30 EGBGB. nicht anzuwenden sei. Zunächst wird dessen Anwendbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen, daß beide Parteien Ausländer sind. Wegen des Ortes der Entstehung der Vaterschaft und des Wohnsitzes der Parteien ist auch die erforderliche Inlandsbeziehung zu bejahen. Insoweit hat auch das AG. keine Bedenken erhoben.

Der Kommentar von Staudinger hält den rumänischen Unterhaltsrechtsgrundsatz des Code Civil für widerstreitend den guten Sitten und Anschauungen des deutschen Rechts (vgl. Staudinger, Bd. 5, Teil 2, 9. Aufl., EGBGB. zu Art. 30 C II, S. 802). Dagegen spricht die Tatsache, daß das rumänische Recht an sich wohl den Unterhaltsanspruch des natürlichen Kindes bejaht, im Falle der Anerkennung durch den außerehelichen Erzeuger dem Kinde sogar weitgehendere Rechte als der deutsche Gesetzgeber verleiht (vgl. Bergmann[1]), Nachtrag III 1931 zum Internationalen Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 110). Nach Staudinger bezweckt die rumänische Bestimmung die Vermeidung von Skandalprozessen, liegt also auf dem Gebiet prozessualer Zweckerwägung und will nicht den deutschen Standpunkt aus anderer moralischer und rechtlicher Anschauung ablehnen (vgl. a. a. O., zu Art. 30 Q IV 5, S. 828; zu Art. 21 A IV, S. 510). Bei kriminellen Tatbeständen, in denen das rumänische Recht hilft, wird aber ein Skandalprozeß am wenigsten vermieden. Staudingers Auffassung kann auch gerade nicht dazu führen, die Bestimmung des Code Civil als sittenwidrig anzusprechen. Auch insoweit tritt im Ergebnis dieses Gericht dem Vorderrichter bei, wenn auch dagegen die Erwägung spricht, daß weibliche Angehörige ausländischer Staaten mit derartigen Unterhaltsbestimmungen im Inland dem Anreiz und erhöhten Gefährdung ausgesetzt wären. Die Anwendung der rumänischen Gesetzesbestimmung ist indes deshalb ausgeschlossen, weil deren Anwendung gegen den Zweck des deutschen Gesetzes verstoßen würde. Ein solcher Verstoß müßte allerdings generell und konkret vorliegen (vgl. Staudinger a. a. O., Art. 30 C II, S. 802). Er ist hier gegeben. Gem. §§ 7, 13 FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924 (RGBl. I, 100) muß ein Ausländer im Falle erwiesener Bedürftigkeit zum mindesten vorläufig unterstützt werden. Der Fall der Bedürftigkeit kann bei den Vermögens- und Einkommensverhältnissen des Kl. und seiner Aszendenten jederzeit eintreten. Die deutsche Unterhaltsgesetzgebung bezweckt die Sicherstellung eines einklagbaren und vollstreckbaren Anspruches des Kindes auf Lebensunterhalt gegenüber seinem Erzeuger. Dieser Zweck würde durch die Anwendung des rumänischen Rechtsgrundsatzes vereitelt werden und die deutsche Volksgemeinschaft zum ungerechtfertigten Vorteil eines Ausländers mit der Unterhaltung eines Kindes belastet werden.

Die zu bejahende Anwendbarkeit des Art. 30 EGBGB. kann indes nur bedeuten, daß die hierdurch entstandene Lücke, nur so weit wie nötig, mit Hilfe des inländischen Rechtes auszufüllen ist. Das gilt von der gesetzlichen Empfängniszeit, die nach rumänischem Recht vom 180. bis zum 300. Tage vor des Kindes Geburt liegt, wie auch von der Empfängnisvermutung, nicht aber mit Rücksicht auf den Zweck des deutschen Gesetzes von der Zeit und der Höhe des Unterhaltsanspruches. Jedenfalls kann der Kl. über Art. 30 EGBGB. nach diesen Grundsätzen auch nicht mehr erhalten als das deutsche Gesetz geben würde (vgl. Staudinger a. a. O., zu Art. 30 G II, S. 817, Art. 21 A IV, S. 510). Daher gilt der Bekl. als außerehelicher Erzeuger des Kindes. (Wird näher ausgeführt.)

(LG. Hamburg v. 2. Sept. 1936, IX 154/34.)

[1]) Appellationshof Bukarest v. 31. Okt. 1928: Ostrecht 1930, 535.

Anmerkung: Dem Urteil ist im Ergebnis ohne Bedenken beizutreten, dagegen nicht in den Einzelheiten der Begründung. Klagt ein rumänisches Kind gegen seinen angeblichen Erzeuger auf Unterhalt, so ist — gleichgültig welche Nationalität der Bekl. hat — nach deutschem internationalen Privatrecht das Personalstatut der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes maßgebend (Art. 21 EGBGB.). In diesem Art. ist dagegen nichts gesagt, welches Recht für die wichtige Vorfrage der Feststellung der Vaterschaft gilt. Das LG. hat — wenigstens soweit der Text der Entsch. vorliegt — diesen Punkt zu Unrecht überhaupt nicht erwähnt. Es versteht sich aber weder von selbst, daß allgemein auf die Vorfrage bedingungslos das Recht der Hauptfrage anzuwenden sei, noch daß im besonderen Fall das Personalstatut der Mutter auch für die Feststellung der Vaterschaft ohne weiteres[1]) gilt. So hat sich das LG. Frankfurt in einer Entsch. v. 20. April 1928 (BlIntPr. III, 259) für die Anwendung des Personalstatuts des angeblichen Erzeugers ausgesprochen. Ebenso das LG. II Berlin (Entsch. v. 2. Febr. 1929: RGBl. 1929, 98). Wenn das OLG. Frankfurt in einer Entsch. v. 3. und 17. Dez. 1925 (JW. 1926, 2858; Revue Darras 1928, 109) zur Begründung der Anwendung des Personalstatuts der Mutter darauf hinweist, daß nach deutscher Rechtsauffassung die außereheliche Vaterschaft in der Unterhaltsverpflichtung des Vaters ihre wichtigste Auswirkung findet, so scheint mir dies kein wichtiges Kriterium für die Anwendung des Personalstatuts der Mutter zu sein (A. M.: Lewald, l. c. S. 147). Zwar handelt es sich um eine deutsche Kollisionsnorm; insofern mag die deutsche Rechtsauffassung entscheidend erscheinen. Aber das OLG. übersieht vielleicht dabei, daß dann, wenn ausländisches Recht zur Anwendung kommt, dieses unter Umständen nicht diese Auffassung teilt. Nach vielen Rechtsordnungen erschöpft sich das Rechtsverhältnis zwischen unehelichem Kind und Vater keineswegs im Unterhaltsanspruch (vgl. vor allem die romanischen Rechte!). Andererseits wäre selbst dann, wenn die Unterhaltspflicht allgemein die Hauptwirkung der außerehelichen Vaterschaft wäre, damit noch nicht gesagt, daß es zweckmäßig wäre, auch dieses Rechtsverhältnis nach dem Personalstatut der Mutter festzustellen. Sicher ist jedenfalls, daß eine solche Feststellung der außerehelichen Vaterschaft nach dem Personalstatut der Mutter als Vorfrage zu Art. 21 nur insoweit maßgebend ist, als es sich ausschließlich um die im Art. 21 angegebenen Ansprüche handelt (so mit Recht Lewald, l. c., S. 147). Steht das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind wegen anderer Rechtsfolgen zur Frage (z. B. bei Art. 323 SchweizZGB., Zusprechung mit Standesfolge), so ist in dem hier angeführten Beispiel das Heimatrecht der Mutter belanglos.

Diese Frage kann aber hier nicht näher erörtert werden. Das LG. ist der herrschenden Meinung gefolgt und hat das Personalstatut der Mutter auch für die Feststellung der Vaterschaft ohne jede Stellungnahme[2]) zu dieser Streitfrage angewendet.

Die Anwendung dieses Personalstatuts stieß hier insofern auf Schwierigkeiten, da das Heimatsrecht der Mutter auf ein Land verweist ohne einheitliches Recht. In Rumänien gelten neben dem altrumänischen Recht des Codul Civil österreichisches, ungarisches, zaristisch-russisches (Bessarabien), bulgarisches (südliche Dobrudscha) und sogar noch moslemisches Recht. Das LG. nimmt mit Recht, aber ohne Begründung als Anknüpfungspunkt des interregionalen Rechtes den letzten rumänischen Wohnsitz an. Eine gesetzliche Regelung über diese interregionalrechtliche Frage besteht in Rumänien nicht. Es gibt nur zwei Staaten, die das interprovinziale Recht regelten (Polen, Ges.

[1]) Dag. mit Recht Lewald, Das deutsche IPR., S. 146.

[2]) Allerdings hat es die Unsicherheit dieses Standpunktes selbst empfunden, indem es — sonst ohne jeden Sinn — feststellt, daß das Ergebnis nach spanischem Recht (Personalstatut des Vaters!) das gleiche wäre!

v. 2. Aug. 1926 und die Schweiz)[3]). Allgemein wird in Gesetz, Literatur und Rspr. der Wohnsitz als maßgebend angesehen. So auch in Rumänien[4]). Hier begegnet aber die Schwierigkeit, daß die rumänische Mutter weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort je in Rumänien hatte. Das LG. nimmt in diesem Falle — auch ohne Begründung — an, daß das Recht der Hauptstadt Rumäniens maßgebend sei. So einleuchtend vielleicht auf den ersten Blick eine solche Lösung auch sein mag, so zweifelhaft kann sie bei näherer Betrachtung sein. Angenommen die Mutter sei eine Moslemin, deren Eltern in der Dobrudscha wohnten, so ist nicht einzusehen, warum das Recht der Hauptstadt hier näher sein soll als das moslemische Recht. Das gleiche muß aber nicht nur für diesen extremen Fall gelten, sondern auch für jemand, dessen Vorfahren oder dessen Ehegatte aus Bessarabien, der Bukowina oder Siebenbürgen stammen und mit Altrumänien gar nichts zu tun hatten. Die Frage ist zum mindesten zweifelhaft, um ohne Begründung beantwortet zu werden, zumal in unserem Fall die Entsch. davon abhängt; denn österreichisches oder ungarisches Recht entscheiden anders als altrumänisches. —

Das von dem LG. angewandte altrumänische Recht ist der Codul Civil, der nichts anderes ist als eine fast wörtliche Übersetzung des Code Civil. Während aber Frankreich 1912 (Belgien schon 1908) das Verbot der Nachforschung nach der Vaterschaft (art. 340) weitgehend zugunsten des unehelichen Kindes aufhoben, hat es Rumänien beibehalten (art. 307: Cercetaria paternitatei este oprita). Die entscheidende Frage ist nun, ob diese Bestimmung auch bei uns angewendet werden kann, oder ob sie dem ordre public widerspricht. Art. 30 wird hier allgemein bejaht, allerdings mit verschiedener Begründung. Die einen (Raape, EGBGB., Art. 30, S. 828) halten die Bestimmung des Codul Civil für moralwidrig, die anderen für dem Zweck deutscher Gesetze widersprechend. Das LG. nimmt hier ausdrücklich das letztere an unter Ablehnung der ersten Alternative. Unrichtig ist sicher die vom LG. nicht wiederholte, aber auch nicht gerügte Auffassung des AG., Art. 30 käme deshalb nicht zur Anwendung, weil dies „eine ungerechtfertigte Einmischung in die sittliche und rechtliche Denkweise des rumänischen Volkes darstellen würde“. Wäre diese Begründung richtig, so wäre die Vorbehaltsklausel überhaupt niemals anzuwenden, denn sie stellt immer eine solche „ungerechtfertigte Einmischung“ dar. Sie ist gerade ihrem Wesen nach ein Widerspruch gegen fremdes Moral- oder Rechtsempfinden.

Im übrigen ist es belanglos, ob die romanische Regelung des Verbots der Nachforschung — soweit sie noch gilt (z. B. Spanien, Rumänien, Italien) gegen unsere sittlichen Auffassungen oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt. Da die Bestimmung entstanden ist, um Skandalprozesse zu vermeiden, so liegt sie zwar in erster Linie auf dem Gebiet der prozessualen Zweckerwägung, was aber nicht hindert, daß die Anwendung dieser Bestimmung — und nur auf die Anwendung, auf das Ergebnis kommt es an![5]) — unserem sittlichen Empfinden widerspricht.

Kein Zweifel kann aber darüber entstehen, daß im konkreten Fall die altrumänische Regelung dem Zwecke eines deutschen Gesetzes widerspricht. Zweck unserer Unterhaltsregelung ist, den Lebensunterhalt des unehelichen Kindes nach Möglichkeit sicherzustellen, da andererseits die öffentliche Fürsorge dafür einstehen müßte. Damit ist die Vorbehaltsklausel in solchen Fällen gegeben. Daß beide Parteien Ausländer sind, spielt für die Anwendung des Art. 30 keine Rolle, selbst wenn keine Inlandsbeziehung[6]) gegeben wäre. Diese besteht aber, da der deutsche Staat auch für ein ausländisches Kind ohne Unterhalt sorgen würde (vgl. §§ 7, 13 FürsPflVO. v. 13. Febr. 1924 [RGBl. I, 100]).

Die durch die Anwendung von Art. 30 entstandene Lücke ist nicht, wie das LG. sagt, soweit wie möglich, sondern nur soweit wie **nötig**, mit inländischem Recht auszufüllen. Art. 30 führt nur zur Zurückweisung des konkreten anstößigen ausländischen Rechtssatzes, nicht aber zur Nichtanwendung der gesamten hier an sich kollisionsrechtlich maßgebenden ausländischen Rechtsordnung. —

Der Satz, daß das Kind über Art. 30 EGBGB. nicht mehr erhalten könne, wie nach den deutschen Gesetzen, ist insofern nicht recht verständlich, da das LG. für Zeit und Höhe der Unterhaltspflicht mit Recht deutsches Recht anwenden läßt. Es wäre etwas anderes, wenn man rumänisches Recht selbst zur Ausfüllung der Lücke heranziehen wollte und das Kind z. B. so stellen würde, wie ein rumänisches eheliches Kind gestellt wäre. In diesem Fall — Anwendung rumänischen Rechtes, ob direkt oder über Art. 30 als Lückenfüllung ist gleichgültig — wäre Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. maßgebend, der aber m. E. nur dasselbe will — trotz seiner offenbar ungeschickten Fassung — als Art. 12: nämlich Schutz eines Deutschen. Es ist kein zwingender Grund einzusehen, warum zwischen Ausländer, wenn ihr Recht zur Anwendung kommt, nicht eine höhere als die deutsche Unterhaltspflicht ausgesprochen werden soll. Dem deutschen Richter kann eine solche gute Versorgung eines ausländischen Kindes, solange es in Deutschland weilt, nur willkommen sein. Um so weniger fällt es den deutschen Wohlfahrtseinrichtungen zur Last. Wäre also rumänisches Recht selbst zur Lückenfüllung benützbar — nur das Verbot der Nachforschung ist anstößig! —, so könnte ohne jedes Bedenken auch ein höherer Anspruch gewährt werden als nach deutschem Recht. Art. 21 Halbs. 2 stünde dem m. E. nicht im Wege. Diese spezialisierte Norm des ordre public dient nicht lediglich dem Schutz von Deutschen. Im übrigen kann der deutsche Staat es nur begrüßen, wenn ein im Inland lebendes uneheliches Kind möglichst gut gestellt ist. Dem Ausländer aber, der die gleiche Staatsangehörigkeit wie die Mutter hat, geschieht kein Unrecht, wenn er nach seinem Recht ordnungsgemäß beurteilt wird. Er hätte in seinem Lande keine geringere Unterhaltspflicht auferlegt bekommen. Handelt es sich um einen ausländischen Vater, dessen Statsangehörigkeit von der Mutter abweicht, so besteht auch kein Grund, ihn nicht schlechter zu stellen als einen Deutschen. Nur für Deutsche hat Art. 21 Halbs. 2 einen Sinn. —

Ist somit dem Ergebnis des Urteils beizutreten, so sind doch in den Einzelheiten der Begründung Bedenken zu erheben.

Prof. Dr. Theodor Süß, Berlin.

*

Potsdam

85. § 850 Ziff. 3 ZPO. Auf unwahre uneidliche Aussagen kann auch seit Abänderung des § 391 ZPO. die Restitutionsklage nicht gestützt werden. †)

Die Restitutionsbeklagte hat im Jahre 1935 gegen den Restitutionskläger Klage auf Zahlung von 204,40 *RM* Kaufpreis für einen Radioapparat erhoben. Sie ist mit dieser Klage in der BerInst. vor dem LG. Potsdam durchgedrungen. Das Urteil wurde am 13. Dez. 1935 verkündet.

Der Restitutionskläger behauptet, die uneidliche Aussage des Zeugen Sch., die das LG. Potsdam bei seiner Verurteilung als richtig zugrunde gelegt hat, sei unwahr. Er hat zum Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung eidesstattliche Versicherungen einiger anderer Personen beigefügt und behauptet, er habe diese erst am 5. März 1936 erhalten. Er ist der Ansicht, daß, wenn auch der Zeuge Sch. uneidlich vernommen worden sei und infolgedessen eine Verurteilung wegen Meineides nicht vor-

[3]) Vgl. hierüber Scrimali, I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale, Palermo 1935, insbes. S. 304 und 315.

[4]) Entsch. des Tribunals Jassy v. 26. Febr. 1921; Pandectele române 1921, 2. Teil S. 61 mit Anm. von Possa-Clunet: Journal du droit international 1923, 158; Wharton, A treatise on conflict of law, cap. I, n. 8; Savigny, System, VIII, 197.

[5]) M. E. ist es nicht nötig, daß auch schon der Inhalt der Bestimmung selbst nach unserer Auffassung moralwidrig ist. Es muß nur das Ergebnis der Anwendung unserem Empfinden widersprechen, selbst wenn es die Bestimmung als solche nicht täte. In der Regel wird allerdings immer dann, wenn die Anwendung unsittlich ist, es auch nach unserer Auffassung der Inhalt der Norm selbst ein. In obigem Fall könnte man aber eben wegen der prozessualen Zweckerwägung der Norm selbst zweifeln.

[6]) A. M. Raape, EinfG., zu Art. 30, S. 807, wenigstens für die Mehrzahl der Fälle.

liege, der § 580 Ziff. 3 ZPO. doch Anwendung finden müsse. Durch die Änderung des § 391 ZPO. habe die uneidliche Aussage dieselbe Bedeutung erlangt wie eine eidliche. §§ 580 Ziff. 3 ZPO. müsse infolgedessen jetzt ausdehnend ausgelegt werden. Auch das Fehlen einer entsprechenden strafrechtlichen Vorschrift könne dies nicht hindern. Es handle sich um eine Lücke im Gesetz, die die Rspr. ausfüllen müsse.

Die Restitutionsbeklagte ist der Auffassung, die Restitutionsklage sei unbegründet; denn eine Ausdehnung des § 580 Ziff. 3 auf uneidliche Aussagen sei nicht zulässig.

Der Auffassung des Restitutionsklägers, § 580 Ziff. 3 ZPO. müsse seit Abänderung des § 391 ZPO. ausdehnend auch auf uneidliche Aussagen angewendet werden, kann nicht beigetreten werden. Gerade daraus, daß der Gesetzgeber trotz der Nov. zur ZPO. v. 27. Okt. 1933 eine Änderung des § 580 Ziff. 3 ZPO. nicht vorgesehen hat, ist zu entnehmen, daß eine Abänderung dieser Vorschrift vorläufig nicht beabsichtigt ist. Die im Gesetz aufgezählten und genau festgelegten Fälle der Restitutionsmöglichkeit verbieten eine ausdehnende Auslegung. Hinzu kommt, daß auch die entsprechende strafrechtliche Bestimmung fehlt und es auch dann zu einer rechtskräftigen Verurteilung hätte kommen müssen, bzw. die weiter im § 581 ZPO. aufgeführten Voraussetzungen vorliegen müßten.

(LG. Potsdam, 2. ZK., Urt. v. 28. Aug. 1936, 5 O 139/36.)

Anmerkung: Die Begründung der vorl. Entsch. bedarf m. E. der Fortentwicklung. Es ist unbefriedigend, daß mit dem Hinweis auf den Fortbestand des § 580 ZPO. jede Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens abgeschnitten wird.

Zunächst hätte das LG. prüfen sollen, ob nicht der Kreis der in § 580 Ziff. 4 ZPO. aufgeführten Personen i. S. einer ausdehnenden Auslegung auf einen Zeugen erweitert werden kann, welcher durch eine strafbare Handlung zugunsten „seiner" Partei ein falsches Urteil erwirkt hat. Wenn, wie im vorl. Falle behauptet ist, ein Zeuge uneidlich die Unwahrheit gesagt hat, so hat er wahrscheinlich zugunsten der Partei, welche obgesiegt hat, einen Prozeßbetrug begangen; mit Sicherheit läßt sich dies allerdings im vorl. Falle aus den mitgeteilten tatsächlichen Unterlagen nicht entnehmen. Solch ein Prozeßbetrug würde m. E. auch dann eine geeignete Grundlage für eine Wiederaufnahme des Verfahrens bilden, wenn die begünstigte Partei selbst von dem Betruge nichts gewußt hat. Der Sinn von § 580 Ziff. 4 liegt m. E. nicht darin, daß gerade die obsiegende Partei die strafbare Handlung begangen oder gekannt haben muß und etwa hierfür bestraft werden soll. Denn nicht nur ihre und ihres Vertreters strafbare Handlung ist als Wiederaufnahmegrund bezeichnet, sondern auch eine strafbare Handlung des Vertreters des Wiederaufnahmeklägers selbst. An den Fall, daß ein Zeuge durch strafbare Handlung des Prozesses mittelbar bestimmt, hat man bisher m. W. nicht gedacht. Es besteht kein Grund, bei ihm die Wiederaufnahme zu versagen. Denn heute müssen wir noch mehr als früher bemüht sein, den Widerspruch zu vermeiden, der darin liegt, daß ein Urteil aufrechterhalten wird, obschon es auf der Grundlage einer Straftat zustande gekommen ist.

Sofern aber im vorl. Falle die Begründung der Wiederaufnahme mit Hilfe eines Prozeßbetruges und damit auf Grund des § 580 Ziff. 4 ZPO. versagen sollte, wäre an die vom Kl. aufgeworfene Frage zu denken, ob § 580 Ziff. 3 auf die Fälle der uneidlichen Zeugenaussage auszudehnen ist. Der Einwand des LG., daß der Gesetzgeber der Nov. v. 27. Okt. 1933 bei der Einschränkung der Zeugeneide diese Ausdehnung durch sein Schweigen zu § 580 ZPO. ausgeschlossen habe, ist nicht überzeugend. Das argumentum e contrario hat stets eine zweifelhafte Überzeugungskraft gehabt. Das gilt heute im Rechtsumbruch erst recht. Beim Gesetzgeber kann heute, wenn er eine Neuerung einführt, m. E. grundsätzlich nicht der Wille zur abschließenden Regelung unterstellt werden. Im Geiste der Rechtserneuerung liegt vielmehr die gegenteilige Annahme, daß die Rspr. die vom Gesetzgeber nicht geregelte Frage im Sinne der gesetzlichen Änderung fortentwickeln soll. Nun ist wegen der starken Einschränkung der Zeugeneide bei wörtlicher Auslegung der Anwendungsbereich des Wiederaufnahmegrundes in § 580 Ziff. 3 ZPO. außerordentlich beschnitten. Diese Entwicklung liegt m. E. nicht i. S. der nationalsozialistischen Rechtserneuerung. Denn das Gebot der Gerechtigkeit verlangt, daß Entsch. beseitigt werden, die auf Lügen beruhen, ob diese nun unter Eid oder uneidlich erklärt sind. Die Verfahrensvorschriften des vierten Buches der ZPO. sorgen dafür, daß mit einem solchen Wiederaufnahmegrund kein Mißbrauch getrieben wird. § 580 Ziff. 3 ZPO. ist daher im geltende Rechte bis zu einer entsprechenden gesetzlichen Neuregelung dahin auszudehnen, daß auch die vorsätzliche oder fahrlässige uneidliche Verletzung der Wahrheitspflicht durch einen Zeugen als Wiederaufnahmegrund anerkannt wird. Natürlich kann hierbei nicht mit § 581 ZPO. verlangt werden, daß wegen dieser uneidlichen Erklärung dem Wiederaufnahmeverfahren ein Strafverfahren vorangestellt wird. Denn im geltenden Recht ist die falsche uneidliche Aussage, abgesehen vom Prozeßbetruge, nicht strafbar; auch das kommende Strafrecht sieht sie nicht vor (vgl. Mezger bei Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 2. Aufl., bes. Teil S. 354). Darum muß hier die Wiederaufnahme ohne ein solches Strafverfahren durchgeführt werden. — Diese Auslegung erscheint vielleicht auf den ersten Blick als zu gewagt. Wir müssen aber bedenken, daß die Grundsätze des Verfahrensrechtes ebenso dem Gerechtigkeitsstreben untergeordnet werden müssen, wie die Ordnungen des materiellen Rechtes. Darum ist eine ausdehnende Auslegung auch bei den Grundsätzen über die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig und im vorl. Falle geboten.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

*

Weimar

86. § 917 BGB. Die Bestimmungen über den Notweg sind ausdehnend auch auf das Legen von Rohrleitungen anzuwenden.†)

Der Verklagte bestreitet, daß die Bestimmungen über den Notweg überhaupt auf Rohrleitungen ausgedehnt werden könnten. Die Frage, ob das zulässig ist, wird in der Rspr. nicht einheitlich beantwortet. Gegen die ausdehnende Auslegung des § 917 BGB. sprechen sich u. a. aus: das Erläuterungsbuch der RGRäte zu § 917 Anm. 10 und das von Planck zu § 917 Anm. 2 sowie das OLG. Kolmar in DJZ. 1909, 440, während das Erläuterungsbuch von Staudinger zu § 917 Anm. III und auch das OLG. Köln in einer Entsch.: JW. 1932, 1069 die weite Auslegung für zulässig halten. Die Kammer wendet die Bestimmungen über den Notweg aus folgenden Erwägungen auch auf das Legen von Rohrleitungen an: Das Gesetz spricht im § 917 BGB. nur vom Fehlen einer Verbindung mit einem öffentlichen Weg, die zur ordnungsmäßigen Benutzung des Grundstücks erforderlich ist. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt also nicht unbedingt zu der Auslegung, daß unter einem Notweg nur ein Zugang über die Oberfläche des fremden Grundstücks zu verstehen sein soll. Eine dahingehende Auslegung würde auch den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht gerecht. Zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung eines städtischen Grundstücks gehört unbedingt der Anschluß an die Gas-, Wasser- und Abwässerleitung. Ist diese nicht möglich, so ist eine Bebauung ausgeschlossen. Es wäre schließlich auch ungerechtfertigt, wenn der Eigentümer stets gezwungen sein sollte, sich mit dem Nachbar vertraglich zu einigen, wenn er sein Grundstück bebauen will; denn dann würde es nur zu oft von dessen gutem Willen abhängen, ob er ihm die Bebauung gestatten will. Alle diese Gründe rechtfertigen, dem Notwegerecht einen den Zeitverhältnissen entsprechenden weiteren Umfang zu geben und es auch auf das Legen der unbedingt nötigen Leitungen auszudehnen.

(LG. Weimar, Urt. v. 29. Juni 1936; 1 O 63/35.)

Anmerkung: Das LG. Weimar schließt sich der Entsch. des OLG. Köln vom Jahre 1931 mit Recht an. War schon damals diese Auffassung zu bejahen (vgl. meine Anm.: JW. 1932, 1069), so ist dies nach heutiger Rechtsauffassung um so mehr erforderlich. Das Eigentum ist nicht mehr die ausschließliche Herrschaft in individualistischem Sinne, sondern auch der Eigentümer steht in der Volksgemeinschaft, dieser, nicht dem Individuum gebührt die erste Stelle. Natürlich werden dem Eigentümer des Notweges während des Einbaues der Leitungen für kurze Zeit Unbequemlichkeiten entstehen, es ist auch möglich, daß in Zukunft Beseitigung von Störungen erforderlich werden kann, die

aber erfahrungsmäßig nur in langen Zwischenräumen vorkommen. Diese geringen Unbequemlichkeiten stehen in keinem Verhältnis zu den Nachteilen, die dem wegeberechtigten Grundstück bei Fehlen der Zuleitung von Gas, Wasser und Elektrizität und der Ableitung der Abwässer erwachsen. Der Wegeverpflichtete muß daher auch aus diesem Grunde zur Duldung entsprechender Anlagen für verpflichtet gehalten werden.

RA. Dr. Riccius, Berlin.

Amtsgerichte: Strafsachen

Hamburg

87. § 243 StGB. Im Gegensatz zur Rspr. des RG. muß ein Schiff als ein „umschlossener Raum" i. S. des § 243 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 StGB. angesehen werden. †)

Der Angekl. hat an Bord des Dampfers „Cap Norte" seinem Kameraden, dem Reiniger Z., der mit ihm in der gleichen Kammer wohnte, aus einem verschlossenen Koffer zehn Pesos gestohlen, indem er den Koffer des Z. mit seinem Kofferschlüssel öffnete. Es war zu prüfen, ob sich dieser Diebstahl darstellt als schwerer Diebstahl gem. § 243 [3] StGB. Die Tat ist im Falle Z. dadurch bewirkt, daß zur Eröffnung eines im Innern eines umschlossenen Raumes befindlichen Behältnisses ein falscher Schlüssel angewandt worden ist.

Die Frage, ob das Schiff ein „umschlossener Raum" i. S. des § 243 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 StGB. anzusehen ist oder nicht, ist bisher streitig. Das RG. hat diese Frage bisher in ständiger Rspr. verneint; der 4. StrSen. des RG. hat diesen verneinenden Standpunkt noch einmal betont in seiner Entsch. v. 23. Juni 1935. Diese Entsch. ist aber mit den Anforderungen, die an eine moderne Strafrechtspflege gestellt werden müssen, nicht in Einklang zu bringen. Auf sie muß daher näher eingegangen werden.

Zwar ist dem RG. darin durchaus zuzustimmen, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist, und daß rechtspolitische Erwägungen für ihn nur insoweit Raum haben dürfen, als das Gesetz selbst ihm dies gestattet. Damit ist aber noch keineswegs ausgesprochen, daß der Richter nunmehr an jede — auch noch so überholte — frühere Rspr. gebunden sei. Das RG. identifiziert rechtsirrtümlich die Begriffe „Gesetz" und die durch die bisherige Rspr. üblich gewordene „Auslegung des Gesetzes". An das Gesetz ist das Gericht gebunden, an die bisherige Rspr. nicht, jedenfalls aber dann nicht, wenn diese Rspr. — wie in dem hier zu erörternden Fall — zu sinnwidrigen Ergebnissen kommt und der Wortlaut des Gesetzes eine andere Auslegung durchaus zuläßt.

Das Ergebnis der reichsgerichtlichen Rspr. ist unbefriedigend. Denn daß der Täter, der z. B. in einer mit dem Erdboden verbundenen Bretterbude durch Erbrechen eines Behältnisses oder mittels falscher Schlüssel stiehlt, wegen qualifizierten Diebstahls, ein anderer Täter jedoch, der auf einem Ozeandampfer auf hoher See einen regelrechten Einbruchs- oder Nachschlüsseldiebstahl begeht, nur wegen einfachen Diebstahls bestraft werden soll —, dieses Ergebnis kann unmöglich befriedigen. Darüber dürfte keinerlei Meinungsverschiedenheit bestehen. Das gesunde Rechtsempfinden des Volkes hat für Unterscheidungen so spitzfindiger Art keinerlei Verständnis. Wer in dieser Beziehung Zweifel hegen sollte, möge einmal über dieses Thema mit einem rechtswissenschaftlich nicht vorgebildeten Volksgenossen sich unterhalten. Er wird auf keinerlei Verständnis dafür stoßen, daß der Jurist über eine solche Frage überhaupt zu diskutieren geneigt ist. Solche Stellungnahme des gesund und einfach denkenden Volksgenossen sollte aber den Juristen zum mindesten nachdenklich machen. Dieses Gericht jedenfalls stellt aus seiner Kenntnis vom Leben und von der Denkart des juristisch nicht vorgebildeten Volksgenossen fest, daß die Rspr. des RG. in diesem Punkt zu Ergebnissen kommt, die im Volke nicht verstanden werden. Für das gesunde Rechtsempfinden des Volkes ist ein Einbrecher oder Nachschlüsseldieb auf einem Schiff genau so verurteilswürdig, wie ein Einbrecher oder Nachschlüsseldieb in einem Hause auf dem Festlande. Alles das, was dazu geführt hat, diejenigen Diebe schwerer zu bestrafen, die in einem Gebäude mittels Nachschlüsseleinbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen haben, spricht auch zu Lasten desjenigen Diebes, der an Bord eines Schiffes mittels Nachschlüsseleinbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen stiehlt. Die verbrecherische Energie, die mangelnde Scheu, zur Erreichung des diebischen Zieles Hindernisse zu überwinden — alle diese Straferschwerungen gelten für den Dieb an Bord eines Schiffes genau wie für den Dieb in einem Hause.

Auch das RG. selbst empfindet ja übrigens das Ergebnis seiner Entsch. als „bedauerlich" und als „dem gesunden Rechtsempfinden schon lange widerstreitend". Daß es dennoch keinen Versuch macht, eine Entsch. und ihre Begründung zu finden, die mit dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes in Einklang zu bringen ist, muß befremden.

Das RG. begnügt sich in der erwähnten Entsch. damit, klarzulegen, daß „der Gesetzgeber" die Gleichstellung von „Schiff" und „umschlossenen Raum" nicht gewollt habe. Eine Auslegung, die sich darauf beschränkt zu prüfen, was vor vielen Jahrzehnten einmal „der Gesetzgeber" sich dabei gedacht habe, kann aber heute nicht genügen. Es muß zunächst die Frage aufgeworfen werden, wer denn überhaupt „der Gesetzgeber" ist? Das Parlament mit seiner Vielheit an Meinungen und Gesinnungen, die parlamentarische Kommission, der Ministerialreferent oder wer? Schon die bloße Fragestellung nach der Person dieses „Gesetzgebers" läßt erkennen, wie untunlich es ist, auf seinen Willen allein — noch dazu im Jahre 1935 — ein Entsch. zu stützen.

Das RG. meint allerdings, der Wille dieses „Gesetzgebers" müsse noch heute maßgebend sein. Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Wer kann wissen, ob nicht eine Gleichstellung von „Schiff" und „umschlossenem Raum" in § 243 Ziff. 2 und 3 StGB. nur aus einem Versehen nicht ausdrücklich vom „Gesetzgeber" ebenso festgelegt worden ist, wie die Gleichstellung von „Schiff" und „bewohntem Gebäude" in § 243 Ziff. 7 StGB.? Das RG. erwähnt die Ziff. 7 ausdrücklich als eine Bekräftigung seines Standpunktes, daß die Gleichstellung nicht gewollt sei. Das RG. verzichtet aber darauf darzulegen, warum eine solche Gleichstellung in § 243 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 StGB. unterlassen worden sei.

Wichtig ist allerdings festzuhalten, daß sogar das RG. anerkennt, daß der Begriff des „umschlossenen Raumes" eine feste Verbindung mit der Erde nicht erfordere. Das RG. fügt dann allerdings hinzu, daß „immer daran festgehalten worden sei" und nach dem gesetzgeberischen Willen auch daran festgehalten werden mußte, daß der „umschlossene Raum" ein begrenzter Teil der Erd-, gleichviel ob Land- oder Wasserfläche sein müsse. Dazu ist zu sagen: Wenn bisher an einer so engen Auslegung festgehalten worden ist, so sagt das nichts darüber, daß diese Auslegung heute noch als richtig anerkannt werden kann. Daß heute daran festgehalten werden müsse, begründet das RG. wieder allein mit dem Hinweis auf den Willen des „Gesetzgebers".

Dieser vermeintliche Wille des „Gesetzgebers" kann allein niemals maßgeblich sein für die Auslegung, die im Dritten Reich dem Gesetz zu geben ist. Das RG. bezieht sich sogar auf den Gesetzgeber des — insoweit gleichlautenden — preuß. StGB. von 1851, also auf einen „Gesetzgeber", der vor nunmehr 85 Jahren gewirkt hat. Demgegenüber muß dieses Gericht feststellen, daß es sich bei der Auslegung des Gesetzes wohl an den Wortlaut und Inhalt, nicht aber an den — nur vermeintlichen — Willen eines — nur vermuteten — Gesetzgebers gebunden fühlt.

Das RG. zitiert zur Stützung seines Standpunktes eine RGEntsch. aus dem Jahre 1881 (siehe RGSt. 4, 433). Schon die alte Entsch. spricht nicht einmal für, sondern eher gegen den jetzigen Standpunkt des RG. Denn es heißt in dieser Entsch.: „Das RStGB. hat sich nach den Motiven der gesetzlichen Definierung der einzelnen in § 243 aufgeführten Qualifikationsmomente enthalten, weil es sich dabei um dem gewöhnlichen Leben angehörende, auch ohne gesetzliche Interpretation dem allgemeinen Verständnisse zugängliche Begriffe handle."

Nach dieser RGEntsch. soll im Zweifel „der gewöhnliche Sprachgebrauch" als maßgebend anerkannt werden. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch aber sind „umschlossene Räume" doch nur Räume, die umschlossen sind, nichts weiter. Alles übrige hat erst später eine Rspr. unnötigerweise in diesen Begriff hineingelegt. Die Gerichte müssen die ihnen allzu leicht anhaftende

Scheu vor den Präjudizien beiseite lassen und nicht fragen: Was hat vor 60—80 Jahren ein imaginärer Gesetzgeber gewollt? Sondern: Können nach vernünftiger, gesunder, der Allgemeinheit verständlicher Auslegung des Begriffes „umschlossener Raum" Schiffe unter diesen Begriff fallen? Diese Frage ist aber zu bejahen. Damit ist die aufgeworfene Streitfrage gegen den jetzigen Standpunkt des RG. entschieden, ohne daß es längerer Rechtsausführungen bedürfe über die Unterschiede von Erd- und Wasseroberfläche oder ähnliche Fragen mehr.

(AG. Hamburg, Urt. v. 24. März 1936, 84 Ds 2073/36.)

Anmerkung: Vgl. SchöffG. Duisburg: JW. 1935, 3128 [55], das in gleichem Sinn entschieden hat. D. S.

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

** **88.** Ist für Überstunden oder für Sonntagsarbeit tarifgemäß ein prozentualer Zuschlag zum Lohn zu gewähren, so ist dieser Zuschlag nach dem für die ordentliche Arbeitszeit vereinbarten Lohn, nicht nach dem tariflichen Mindestlohn zu berechnen.

Der Kl. hatte als Tiefbauarbeiter für Ausschachtungsarbeiten einen tariflichen Stundenlohn von 0,56 RM zu beanspruchen. Ihm und anderen Arbeitern ist gesagt worden, daß den besonders fleißigen Arbeitern zum tariflichen Lohn eine Zulage bis zu 0,15 RM gewährt werde. Demgemäß hat auch der Kl. 0,71 RM Stundenlohn erhalten. Die Vorderrichter bezeichnen zutreffend die 0,15 RM als Leistungszulage zum tariflichen Mindestlohn.

Eine Vereinbarung, daß durch die Leistungszulage die tariflichen Zulagen für Überstunden- und Sonntagsarbeit abgegolten sein sollten, hätte nach Ansicht des Berufungsrichters wirksam unter der Voraussetzung getroffen werden können, daß dabei die tariflichen Mindestlöhne mit den tariflichen Zuschlägen für solche Arbeiten erreicht wurden. Auf Grund der Beweisaufnahme kommt jedoch der Berufungsrichter zu dem Ergebnis, daß eine solche Abgeltung nicht vereinbart sei.

Ist hiernach das LArbG. ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß durch die Zahlung des vereinbarten Lohnes die tariflichen Zuschläge für Überstunden und Sonntagsarbeit nicht abgegolten waren, so folgt daraus, daß der Kl. diese Zuschläge neben dem Arbeitsstundenlohn beanspruchen kann. Fraglich kann nur sein, wie die Zuschläge zu berechnen sind, ob dabei von den tariflichen Mindestlöhnen oder von dem mit dem Kl. vereinbarten höheren Lohnsatz auszugehen ist. Daß er die tariflichen Mindestlöhne mit den Zuschlägen für diese Arbeiten verlangen kann, folgt ohne weiteres aus den Bestimmungen der Tarifordnung. Zutreffend geht aber der Berufungsrichter davon aus, daß der Kl. nach Treu und Glauben im Verkehr der Berechnung der Zuschläge den vereinbarten höheren Lohnsatz zugrunde legen darf. Die tariflichen Zulagen für Überarbeit werden gewährt, weil bei längerer, die regelmäßige Arbeitszeit überschreitender Dauer der Arbeit die Arbeitskraft des Arbeitnehmers in erhöhtem Maße in Anspruch genommen wird. Das trifft bei tüchtigen, begabten und fleißigen Arbeitern, denen ein höherer Lohn als der tarifliche Mindestlohn gewährt wird, nicht minder zu. Der Arbeiter, dem eine Leistungszulage bewilligt worden ist, wird also mangels gegenteiliger Willensäußerung des Arbeitgebers davon ausgehen und ausgehen dürfen, daß der ihm bewilligte Lohnsatz auch bei freiwilliger Überarbeit in Frage kommen und von ihm aus der tarifliche Zuschlag berechnet werden soll. Gleiches gilt für die Zuschläge für Sonntagsarbeit, die dafür gewährt werden, daß der Arbeitnehmer auf die Erholung am Sonntag verzichtet und statt dessen seine Arbeitskraft dem Betriebe zur Verfügung stellt. Dabei mag darauf verwiesen werden, daß der tüchtige und fleißige Arbeiter in erhöhtem Maße der Erholung bedarf. Wenn der Mehrarbeitszuschlag nach § 6 a Abs. 2 ArbZVO. i. d. Fass. v. 14. April 1927 (RGBl. I, 102) jetzt § 14 Abs. 2 ArbZO. v. 26. Juli 1934 (RGBl. I, 803) in Frage käme, könnte nach der ständigen Rspr. des RArbG. (vgl. u. a. RArbG. 3, 9 ff., und Urt. RAG 161/31 v. 28. Nov. 1931: ArbRSamml. 14, 34 mit weiteren Nachweisen) kein Zweifel darüber sein, daß er nach dem für die ordentliche Arbeitszeit vereinbarten Lohn zu berechnen wäre. Diese Bestimmung kann zwar hier nicht angewandt werden, weil die Frage der Zuschläge in dem maßgebenden als Tarifordnung weitergeltenden Lohn- und Arbeitstarifvertrag geregelt ist. Die Tarifordnung hat im § 3 für die verschiedenen Arbeitergruppen, für die Jugendlichen, für die Handwerker anderer Berufe usw. bestimmte Löhne festgesetzt. Dann heißt es unter Ziff. 5: „Zu diesen Löhnen werden an besonderen Zuschlägen gezahlt: a) für Überstunden 20%; b) ...; c) für Sonntagsarbeit und Arbeit an gesetzlichen Feiertagen 50%."

Bei dieser Regelung handelt es sich jedoch nur um Mindestsätze, auf die jeder Gefolgsmann unbedingt Anspruch hat. Günstigere vertragliche Vereinbarungen sind nach § 32 Abs. 2 Satz 1, § 29 ArbOG. zulässig, waren es auch früher nach § 1 TarVO. Eine Einschränkung, wie sie insoweit nach § 1 Abs. 1 Satz 2 TarVO. möglich gewesen wäre, enthält der hier fragliche Tarifvertrag nicht. Da nun die Bekl. niemals dem Kl. gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, sie werde bei Leistung von Überstunden und Sonntagsarbeit die Mindestlohnsätze den Zuschlägen zugrunde legen, konnte der Kl. ihr Verhalten nur dahin auffassen, daß es auch insoweit bei dem vereinbarten höheren Lohn bleiben solle. Dieses Verhalten aber muß sie gegen sich gelten lassen (vgl. RArbG. 15, 271). Die Ansicht, daß für eine gegenteilige Vereinbarung eine Vermutung spreche, kann nicht als richtig zugegeben werden, folgt insbes. nicht aus §§ 29, 32 ArbOG.; § 32 Abs. 2 Satz 1 ArbOG. i. Verb. m. § 29 daselbst spricht vielmehr eher für die hier vertretene Ansicht. Hiernach hatte der Kl. mangels entgegenstehender Vereinbarung für die Überstunden und Sonntagsarbeit die tariflichen Zulagen zu dem vereinbarten Lohn zu beanspruchen.

Zutreffend haben die Vorderrichter auch angenommen, daß während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses der Kl. nicht auf die ihm zustehenden tariflichen Ansprüche (Mindestlohn und Zuschlag wirksam habe verzichten können (vgl. RArbG. 15, 151 = JW. 1935, 3177 [26] m. Anm.). Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wäre dies zwar möglich gewesen (RArbG. 16, 213 = JW. 1936, 2424 [44] m. Anm.), doch hat die Bekl. keine Tatsachen vorgebracht, die einen solchen Verzicht begründen könnten.

Endlich kann auch nicht anerkannt werden, daß der Kl. durch sein Verhalten die Ansprüche verwirkt habe, er nämlich mit ihnen früher hätte hervortreten müssen. Er hat sich während des Dienstverhältnisses danach erkundigt, ob ihm die Zuschläge gezahlt würden, und damit zu erkennen gegeben, daß er mit der Möglichkeit rechnete, Anspruch darauf erheben zu können. Das Arbeitsverhältnis hat noch nicht 1 ½ Monate gedauert und die Klage ist danach alsbald erhoben worden.

(RArbG., Urt. v. 22. Aug. 1936, RAG 93/36. — Kiel.)

*

89. Abkürzung einer gesetzlichen Verjährungsfrist und Festsetzung einer Verwirkungsklausel in einer Betriebsordnung stehen mit keiner zwingenden Gesetzesvorschrift in Widerspruch und können deshalb nur beanstandet werden, wenn sie durch Tarifordnung verboten sind. Ein solches Verbot ist dem Schweigen einer Tarifordnung regelmäßig nicht zu entnehmen. Bei Inkrafttreten der Betriebsordnung bereits bestehende Arbeitsverhältnisse werden jedoch von einer Klausel dieser Art, die eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen enthält, nicht betroffen. †)

Die Rev. wendet sich dagegen, daß das BG. weder den Einwand der Verwirkung noch die Einrede der Verjährung des Klageanspruchs habe durchgreifen lassen.

Die Betriebsordnung schreibt in § 27 für den Betrieb des Bekl. vor, daß „Einwendungen gegen die Berechnung und Höhe des Lohnes" spätestens am folgenden Tage nach der wöchentlich stattfindenden Lohnzahlung erhoben werden müssen, und

legt in dem nachträglich hinzugefügten § 40 „gemäß § 225 BGB." „zur besonderen Klarstellung" neben der im § 27 enthaltenen Verwirkungsklausel fest: „Alle Ansprüche aus den Arbeitsverträgen ... gelten als verjährt, wenn sie nicht spätestens innerhalb einer Woche nach Ablauf des Lohn- oder Gehaltszahlungsabschnittes, in dem sie entstanden sind, ... bei dem Führer des Betriebes oder dessen Stellvertreter (Meister) geltend gemacht werden." Das BG. hat beide Vorschr. in erster Linie deshalb als rechtsunwirksam angesehen, weil sie mit dem Grundsatz der Unabdingbarkeit der in einer Tarifordnung festgesetzten Arbeitsbedingungen im Widerspruch stünden. Das wird von der Rev. mit Recht gerügt.

Nach § 225 BGB. können die gesetzlichen Verjährungsfristen durch Vereinbarung abgekürzt werden und vertragliche Verwirkungsklauseln (Ausschlußfristen) sind von der Rspr. von jeher anerkannt worden. Die Abkürzung einer gesetzlichen Verjährungsfrist und die Festsetzung einer Verwirkungsklausel in einer Betriebsordnung stehen daher mit keiner zwingenden Gesetzesvorschrift in Widerspruch; sie können deshalb nur beanstandet werden, wenn ihnen die Vorschr. einer Tarifordnung entgegensteht. Die für das Arbeitsverhältnis der Parteien maßgebliche Tarifordnung regelt Verjährung und Verwirkung der tariflichen Ansprüche weder in positiver noch in negativer Weise, weil sie darüber überhaupt keine Bestimmungen enthält. Das RArbG. hat schon in RArbG. 12, 81 = JW. 1933, 2026[3] = ArbRSamml. 17, 3 ausgesprochen, daß dem Schweigen eines Tarifvertrages regelmäßig kein Verbot einer vertraglichen Verwirkungsklausel zu entnehmen ist, und dasselbe gilt für die vertragliche Abkürzung einer gesetzlichen Verjährungsfrist. Daran ist festzuhalten. Die rechtliche Natur der Tarifordnung läßt in dieser Hinsicht keine andere Beurteilung zu. Der im Schrifttum neuerdings (Herschel: DArbR. 1935, 277 ff.) vertretenen Ansicht, daß die Vereinbarung von Ausschlußfristen und abgekürzten Verjährungsfristen für tarifliche Lohnansprüche diese abschwächen und somit inhaltlich verändern und deshalb unzulässig sein müssen, kann nicht beigetreten werden. Solche Vereinbarungen betreffen nicht den Inhalt des Anspruchs, sondern enthalten lediglich eine den Anspruch inhaltlich nicht berührende Befristung seiner Geltendmachung.

Eine andere Frage ist, ob die ungewöhnliche Kürze der in der Betriebsordnung festgesetzten Fristen, weil sie dem Gefolgschaftsmitgliede eine angemessene Zeit zur Wahrnehmung seines von den Fristen bedrohten Anspruchs überhaupt nicht läßt und geradezu auf dessen Verlust abgestellt zu sein scheint, nicht gegen das Gerechtigkeitsgefühl aller gerecht und billig Denkenden verstößt und daher die Fristen nach dem Grundsatz des § 138 BGB. wegen Sittenwidrigkeit rechtsunwirksam macht. Auch dies wird vom BG. bejaht. Doch bedarf die Frage keiner Erörterung, weil die Fristen dem Kl. gegenüber schon aus einem anderen Grunde versagen. Beide Vorschr. der Betriebsordnung, auch die des § 27, sind erst während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses der Parteien eingeführt. Durch sie konnte der Arbeitsvertrag des Kl., für dessen Ansprüche die gesetzliche Verjährungsfrist und keine Verwirkungsklausel bestand, nicht verschlechtert werden; denn die Bestimmungen einer Betriebsordnung bilden nach § 30 ArbOG. nur Mindestbedingungen und lassen daher dem Gefolgschaftsmitglied günstigere arbeitsvertragliche Vorschr. unberührt.

(RArbG., Urt. v. 5. Sept. 1936; RAG 104/36. — Berlin.)

Anmerkung: Das Urteil gibt in mehrfacher Hinsicht zu Bedenken Anlaß.

1. Es handelt sich zunächst um die Frage, ob es zulässig ist, einem tariflich geprägten Lohnanspruch durch Betriebsordnung eine Verjährungs- oder Verwirkungsklausel als Nebenbestimmung beizufügen. Das RArbG. bejaht dies.

a) Die Gründe, die das RArbG. für seinen Standpunkt anführt, sind ein fast wörtlicher Auszug aus seiner älteren Entsch.: JW. 1933, 2026[3], die den Tarifvertrag betraf. Auch gegenüber dieser nunmehr ständigen Rspr. muß betont werden, daß eine solche Beweisführung zu einer allgemein anerkannten Grundlehre unseres Rechts in Widerspruch steht. Denn daß solche Klauseln zu den Nebenbestimmungen (Modalitäten) eines Anspruchs gehören und ferner daß Nebenbestimmungen zusammen mit dem Gegenstand der Leistung zum Inhalt des Anspruchs zu zählen sind, kann doch wohl nicht in Zweifel gezogen werden; jeder Streit hierüber wäre müßig (vgl. statt aller Oertmann, II 1 Vorbem. 4 zu §§ 275—283). Dieses Verhältnis von Gegenstand und (sonstigem) Inhalt der Leistung darf hier nicht übersehen werden. Auf meine näheren Darlegungen a. a. O. sowie auf die übereinstimmende gründliche Schrift von Kümmerlein, Die Versuche kollektiver Regelung der Nachforderung von Tariflohn, Mannheim 1933, S. 16 ff., insbes. S. 22 N. 31, nehme ich Bezug. Ebensowenig wie die Tarifordnung dafür Raum läßt, daß die Betriebsordnung den Tariflohnanspruch sonst inhaltlich verschlechtert, z. B. von Bedingungen abhängig macht, kann neben der tariflichen Lohnregelung die Einführung von Verwirkungs- und Verjährungsklauseln durch Betriebsordnung statthaft sein.

b) Werden derartige Klauseln in eine Tarifordnung aufgenommen, so ist das rechtlich einwandfrei, aber sozial jedenfalls dann bedenklich, wenn sie allgemein gehalten und nicht auf bestimmte einzelne Punkte beschränkt sind, etwa auf Rechenfehler oder auf Dinge, die sich nach Monaten kaum noch aufklären lassen, wie falsche Akkordfestsetzung, Behinderung der Akkordarbeit durch schlechte Werkstoffe, Regen usw. (vgl. Herschel, Soziale Praxis 1934, 632 ff). Erst recht bedenklich muß es aber erscheinen, wenn der tariflich normierte Anspruch durch Betriebsordnung mit einer solchen Klausel behaftet wird (so schon Potthoff: JW. 1930, 740[4]). Um wieviel mehr muß das heute gelten! In RArbG.: JW. 1935, 3177[26] ist zutreffend entschieden, „daß der Gesetzgeber Lohnansprüche der Arbeitnehmer, die in derartigen Tarifordnungen als Mindestlöhne vom Treuhänder der Arbeit festgesetzt sind, ihrer Entstehung und Durchführung nach rechtlich sichern ... wollte". Die Durchführung wird aber erheblich gefährdet, wenn es in das Ermessen des Führers des Betriebes gestellt ist, durch die Betriebsordnung diesen Ansprüchen auch ohne Erfüllung ein vorschnelles Ende zu bereiten. Weil die Aufnahme derartiger Klauseln in die Betriebsordnung bedeutet, daß von seiten einer nachgeordneten Stelle der Verwirklichung der staatlich geschaffenen Tarifordnung Klippen entgegengesetzt werden, ist sie rechtspolitisch nicht zu billigen. Es muß vielmehr dem Treuhänder der Arbeit selbst überlassen bleiben, zu bestimmen, ob die von ihm vorgeschriebenen Löhne in ihrer zeitlichen Wirksamkeit eingeschränkt werden sollen.

2. Nun läßt das RArbG. vorliegendenfalls die Klausel nicht durchgreifen, aber lediglich deshalb, weil sie durch Betriebsordnung „erst während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses der Parteien eingeführt" worden ist. Wer die Rspr. des RArbG. zur ehemaligen Arbeitsordnung kennt, wird überrascht sein. Denn, wie Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (3—5), S. 388 nachgewiesen haben, ist oft genug höchstrichterlich entschieden worden, „daß vor dem Inkrafttreten der Arbeitsordnung bestehende entgegenstehende arbeitsvertragliche Abmachungen zunächst verdrängt werden", daß also die Arbeitsordnung grundsätzlich alle mit ihr nicht übereinstimmenden Abreden der Beteiligten beiseite schiebt, die vor ihrem Inkrafttreten rechtens waren, mögen sie für den Beschäftigten günstiger oder ungünstiger gewesen sein. Dieser Grundsatz ist doppelt sinnvoll bei der Betriebsordnung, bei der doch der Gedanke der Führung und der Autorität viel betonter ist. Weshalb das RArbG. trotzdem von seiner früheren Auffassung abgewichen ist, läßt das Urteil leider nicht erkennen. M. E. verdient die frühere Rspr. den Vorzug, und man wird nur insoweit eine Ausnahme zulassen dürfen, als es sich um ältere Abmachungen handelt, die nicht als betriebsübliche Arbeitsbedingungen anzusehen, sondern einem Beschäftigten aus bestimmten Gründen für seine Person besonders zugesichert worden sind (ähnlich Hueck-Nipperdey-Dietz, ArbOG., S. 290 Anm. 18 a; Nikisch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, S. 51 f.).

Prof. Dr. Wilhelm Herschel, Köln.

*

90. Der Ausschluß des Rechtswegs nach Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfVO. zum BWHG. erstreckt sich nicht auf den Fall vereinbarter Aufhebung des Dienstverhältnisses.

Das LArbG. hat in Auslegung der von beiden Seiten über die Auflösung der Anstellungsverträge gewechselten Erklärungen angenommen, es liege keine Kündigung im Rechtssinn vor, vielmehr sei die Aufhebung der Dienstverträge vereinbart worden. Hiernach kann mit der vom LArbG. gegebenen Begründung der Rechtsweg für die streitigen Ansprüche nicht verneint werden. Der Gedankengang des Urteils ist anscheinend der: Durch den Aufhebungsvertrag sollten den Kl. die Ansprüche gewährleistet werden, die ihnen zustehen würden, wenn ihnen nach der Nr. 6 der 2. DurchfVO. gekündigt worden wäre. Die Kl. sind also ebenso, aber auch nicht besser, zu stellen, wie wenn eine solche Kündigung ausgesprochen worden wäre. Sie haben somit zwar die in Nr. 6 Abs. 3 festgelegten Ansprüche, können sie aber nicht im ordentlichen Rechtsweg verfolgen, sondern es entscheidet darüber nach Nr. 5 Abs. 5 die zuständige Verwaltungsbehörde unter Ausschluß des Rechtswegs. Das LArbG. will das anscheinend unmittelbar aus Nr. 5 Abs. 5 herleiten, wenn es sagt, Wortlaut, Sinn und Zweck dieser Vorschr. ergäben, daß sie sich nicht nur auf den Fall einer Kündigung beziehe, sondern auch auf Fälle der hier vorl. Art, in denen das Dienstverhältnis durch Übereinkommen aufgehoben und dabei vereinbart wird, den Dienstverpflichteten sollten die für den Fall einer Kündigung vom Gesetz eingeräumten Ansprüche zustehen. Der Wortlaut Nr. 5 Abs. 5 bezieht sich aber ganz unzweifelhaft allein auf Kündigungen und Entlassungen, nicht auch auf Fälle vereinbarter Vertragsaufhebung. Auch Sinn und Zweck weisen allein auf die Absicht des Gesetzgebers, das Verhältnis der Vertragsparteien für den Fall zu regeln, daß der Dienstberechtigte von seinem gesetzlichen außerordentlichen Kündigungs- oder Entlassungsrecht Gebrauch macht. Irgendeine Notwendigkeit, durch eine ergänzende gesetzliche Vorschr. für den Fall vereinbarter Aufhebung von Dienstverträgen den Rechtsweg für Ansprüche des bisherigen Dienstverpflichteten aus dieser Vereinbarung auszuschließen, ist nicht zu sehen. Vereinbaren einmal die Parteien die vorzeitige Beendigung eines Vertrages, verzichtet also z. B. der Dienstberechtigte auf die Ausübung seines etwa gegebenen gesetzlichen außerordentlichen Kündigungs- oder Entlassungsrechts, so liegt nicht der geringste Anlaß vor, den Parteien die Verfolgung der aus ihrer Vereinbarung fließenden Ansprüche im Rechtsweg zu versagen. Ein solcher Ausschluß des Rechtswegs kann zwar vereinbart werden (§ 91 Abs. 2 ArbGG.). Eine Abrede dieses Inhalts muß aber nicht notwendig ohne weiteres mit einer Vereinbarung verknüpft sein, daß dem früheren Angestellten diejenigen Ansprüche zustehen sollen, die ihm im Falle einer Kündigung nach Nr. 6 der 2. DurchfVO. zum BWHG. zustehen würden.

(RArbG., Urt. v. 22. Juli 1936, RAG 66/36. — Würzburg.)

Landesarbeitsgerichte

Berlin

91. § 616 BGB.; § 63 HGB. Dem erkrankten Angestellten, der nach erlangter Arbeitsfähigkeit infolge desselben Grundleidens von neuem erkrankt, erwächst ein neuer Anspruch auf das Sechswochengehalt.

Der bei der Bekl. beschäftigte Angestellte G. ist vom 23. Okt. bis 1. Dez. 1935 wegen Herzleidens arbeitsunfähig krank gewesen; er hat Gehalt für diese Zeit erhalten. Vom 2. Dez. 1935 bis 10. Febr. 1936 hat er wieder Dienst getan. Vom 11. Febr. bis 20. März 1936 war er wegen seines Herzleidens von der RVAAng. verschickt. Die Bekl. hat ihm während seiner Verschickung kein Gehalt gezahlt, weil sie diese Arbeitsunfähigkeit als Fortsetzung seiner früheren Erkrankung ansieht. G. hat seine Gehaltsansprüche für die Zeit vom 13. Febr. bis 20. März 1936 an die Kl. abgetreten.

Mit dem ArbG. war zunächst in der Frage, ob in der Verschickung des G. durch die RVAAng. überhaupt eine unverschuldete Dienstbehinderung nach § 616 BGB. zu erblicken ist, von der tariflichen Regelung auszugehen, daß der von der RVAAng. verschickte Angestellte als arbeitsunfähig gilt. Alsdann drängt sich die hier geforderte Entsch. in die durch Rspr. und Schrifttum eingehend erörterte Frage zusammen, ob und wann diese Perioden einer zeitlich auseinanderfallenden Arbeitsunfähigkeit zusammenzurechnen sind und nur eine einmalige Verpflichtung zur Zahlung des Sechswochengehalts auslösen. Mit Recht ist diese Frage nach dem Wortlaut des Gesetzes in Rspr. und Schrifttum grundsätzlich verneint worden. In seiner grundlegenden Entsch. v. 4. Okt. 1930: BenshSamml. 10, 355 = JW. 1932, 2053[5] stellt das RArbG. ausdrücklich fest, daß es nicht darauf ankomme, ob der Angestellte infolge desselben Grundleidens wieder erkranke, sondern nur darauf, ob er nach erlangter Arbeitsfähigkeit von neuem erkranke. Nur dieser grundsätzliche Standpunkt wird dem Schutzgedanken und Wortlaut des § 616 BGB. und § 63 HGB. gerecht, die ja nicht auf die mehr oder weniger zweifelhafte Frage der völligen Ausheilung, sondern nur darauf abstellen, ob eine neue Dienstverhinderung in diesem Sinne vorliegt. Für den Fall des § 616 BGB. ergibt sich die Richtigkeit dieser Auffassung auch aus Abs. 2, der — für eine andere Rechtsfolge — den Krankheitsfall, also den einzelnen Krankheitsfall, entscheidend sein läßt.

Hiernach scheidet die Frage der zwischenzeitlichen Behandlungsbedürftigkeit grundsätzlich als unerheblich aus. Da der Angestellte vielmehr mindestens zwei Monate hindurch seine Dienstfähigkeit bewiesen hat, war mit der als „Arbeitsunfähigkeit" geltenden Verschickung ein neuer Fall des § 616 BGB. gegeben, der die Bekl. zur Zahlung des durch den Rechtsnachfolger eingeforderten Gehalts verpflichtet.

(LArbG. Berlin, Urt. v. 26. Sept. 1936, 103 Sa 651/36.)

*

Bielefeld

92. § 32 ArbOG. Ein als Tarifordnung weiter geltender Tarifvertrag kann im einzelnen nach Maßgabe der veränderten Anschauung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses ergänzend ausgelegt werden.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der als Tarifordnung weitergeltende Reichsmanteltarifvertrag für die Arbeiter kommunaler und anderer öffentlicher Betriebe und Verwaltungen (RMT. G IX) Anwendung. Nach § 6 Ziff. 4 dieser Tarifordnung sollen Erwerbsbeschränkte grundsätzlich an Arbeitsplätzen Verwendung finden, an denen sie nach ihrer Leistungsfähigkeit den Lohn der voll leistungsfähigen Arbeiter erhalten können. Im übrigen sollen sie entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit entlohnt werden. Die Protokollerklärung dazu im Bezirkszusatztarifvertrag besagt, daß der Lohnsatz Minderwerbsfähiger den Vollohn nicht erreichen darf, und daß er mit etwa gewährten Renten, abgesehen von Kriegsbeschädigtenrenten, den Vollohn nicht übersteigen darf. Diese Protokollerklärung ist Teil des Tarifvertrages.

In der Betriebsratssitzung vom 30. Sept. 1933 ist festgestellt, daß der Kl. wegen seines Unfalls als Schlosser keine Verwendung finden könne, für ihn daher nur der Lohn von 59 Pfg. in Frage komme. Weil die Unfallrente in Höhe von 15 Pfg. je Stunde anzurechnen sei, so würde sein Lohn auf 44 Pfg. gesenkt werden müssen. Mit Rücksicht darauf, daß der Unfall im Betriebe erfolgt sei, solle daher die Anrechnung der Unfallrente auf den bisherigen Stundenlohn von 68,5 Pfg. erfolgen, so daß sein Stundenlohn auf 53,5 Pfg. festgesetzt ist. Diese Feststellung ist an sich nach der Protokollerklärung auch für den Kl. bindend. Daß er zu den Minderwerbsfähigen oder Erwerbsbeschränkten i. S. des RMT. gehört, ist nicht zu bestreiten. Er leistet jetzt die Arbeit eines in einer niedrigeren Lohnstufe stehenden Gefolgschaftsmitgliedes. Daß die Bekl ihm in der Betriebsratssitzung den Vollohn des Handwerkers mit 68,5 Pfg. bewilligt hat, weil die Unfallrente anzurechnen sei, steht der Feststellung, daß der Kl. wegen des Verlustes des Auges minderwerbsfähig ist, nicht entgegen.

Nach der Protokollerklärung dürfte der Kl. einschließlich seiner Rente nicht mehr als den Vollohn mit 68,5 Pfg. verdienen. Das LArbG. hat nicht verkannt, daß eine Tarifordnung an sich Abweichungen im Einzelarbeitsvertrage, die dem Arbeitnehmer günstiger und deshalb an sich zulässig sind, untersagen kann, wenn sie eine gleichmäßige Entlohnung aller Gefolgschaftsmitglieder sicherstellen will. Der hier maßgebende, als Tarifordnung weitergeltende Tarifvertrag ist in Kraft getreten am 1. Okt. 1932, also unter früheren Anschauungen, in denen die Tarifverträge eine solche gleichmäßige Entlohnung für das gegebene hielten. Nach Ansicht des LArbG. entspricht sie aber nicht mehr der heutigen Anschauung von dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und von den Pflichten, die die Betriebsgemeinschaft gegenüber den Opfern der Arbeit hat. Wenn ein Gefolgschaftsmitglied wegen der mit seiner Arbeit verbundenen Betriebsgefahr das Unglück hat, im Betriebe ein Auge zu verlieren, so ist er ein Opfer seiner Arbeit geworden, und es entspricht billigem und gerechtem Denken, daß er dafür entschädigt wird. Die Berufsgenossenschaft hat seine Einbuße an Erwerbsfähigkeit auf 25% geschätzt, ihm deshalb eine Dauerrente zugebilligt ohne Rücksicht darauf, was er tatsächlich z. Z. des Rentenbescheides verdiene. Es erscheint deshalb unberechtigt, wenn die Bekl. als Arbeitgeberin, in deren Betriebe er sich ohne eigenes Verschulden den Schaden zugezogen hat, die Rente an dem Lohn kürzen würde, der ihm nach seiner Arbeitsleistung zusteht. Die Anrechnung der Kriegsbeschädigtenrente ist in der Protokollerklärung untersagt, die Renten der Opfer der Arbeit müssen den gleichen Vorzug genießen.

(LArbG. Bielefeld, Urt. v. 10. Juni 1936, 3 Sa 24/36.)

Reichsfinanzhof

Aus Raummangel mußte der Abdruck der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs bis zum nächsten Heft zurückgestellt werden. Hn.

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen" abgedruckt]

**** 93.** § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG. Das bloße Wortzeichen „Karlsbader Salz" ist nunmehr der Stadtgemeinde Karlsbad für natürliches Karlsbader Salz als Warenzeichen geschützt. Rückbildung dieser Bezeichnung zu einer Herkunftsangabe für echtes, aus den Karlsbader Quellen gewonnenes Karlsbader Salz.

Die Stadtgemeinde Karlsbad ist Inhaberin der für „natürliches Karlsbader Salz" international registrierten Marke 82 975, die aus der Inschrift „Karlsbader Salz" in einer doppellinigen rechteckigen Umrahmung besteht. Der angefochtene Beschluß hat dieser Marke den Schutz dieser Marke in Deutschland versagt.

Bei Prüfung der Frage der Schutzbewilligung kommt es allein darauf an, ob die Inschrift „Karlsbader Salz" für sich allein schutzfähig ist, da die geschilderte Umrahmung unzweifelhaft selbständiger Unterscheidungskraft entbehrt (§§ 1 und 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG.).

Aus der amtlichen Bescheinigung der Bezirksbehörde Karlsbad geht hervor: Die Markeninhaberin Stadtgemeinde Karlsbad ist alleinige Eigentümerin sämtlicher in Karlsbad bestehenden Mineralquellen oder Heilquellen, insbes. des Karlsbader Sprudels, der Karlsbader Mühlbrunnen und des Karlsbader Schloßbrunnens. Die Quellenerzeugnisse, nämlich Karlsbader Salz und Karlsbader Sprudelsalz, werden ausschließlich aus den der Stadtgemeinde Karlsbad allein gehörigen Heilquellen auf natürlichem Wege, und zwar ausschließlich durch diese selbst gewonnen. Auch alle in Zukunft auf dem Gebiete der Stadtgemeinde Karlsbad entspringenden Mineralquellen oder Heilquellen sind ausschließlich Eigentum der Stadtgemeinde Karlsbad und dürfen nur von der Stadtgemeinde Karlsbad erschlossen werden.

Bei den Namen von Mineralquellen besteht hinsichtlich der Frage ihrer Eintragbarkeit folgender Grundsatz:

Ein Anspruch anderer Gewerbetreibender auf die ungehinderte Verwendung des Namens ist dann ausgeschlossen, wenn sich an dem betreffenden Orte oder seiner nächsten Umgebung keine andere Quelle als die des Zeichenanmelders befindet oder gebohrt werden darf, überdies der Name bereits seit längerer Zeit als Name der betreffenden Quelle im Verkehr eingeführt ist (vgl. Entsch. der BeschwAbt.: PatMustZeichBl. 1899, 47 betr. „Birresborner Mineralbrunnen", GRUR. 1930, 1048 betr. „Staßfurter Badesalz"; PatMustZeichBl. 1904, 49 betr. „Aachener Thermal-Wasser").

Infolgedessen ist das Zeichen „Karlsbader Salz" nicht als eine freie Herkunftsangabe i. S. des § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG. anzusprechen, soweit es sich um vorliegend allein in Rede stehende Ware „natürliches Karlsbader Salz" handelt. Im übrigen besitzt die Markeninhaberin bereits ähnliche geschützte Warenzeichen wie Karlsbader Wasser (22 997), Karlsbader Sprudel (18 095), Karlsbader Sprudelsalz (20 244), Karlsbader Sprudel Pastillen (31 095), Sal thermarum Carolinarum (61 655) und Sal thermarum Carolinense (64 910).

Der hier in Frage stehenden international registrierten Marke ist jedoch durch den angefochtenen Beschluß der Schutz in Deutschland mit der Begründung versagt worden, die Bezeichnung „Karlsbader Salz" sei im deutschen Handel und Verkehr ein Gattungsbegriff oder freier Warenname i. S. des § 1 WbzG., da man unter „Karlsbader Salz" vorwiegend gerade das künstliche Karlsbader Salz verstehe. Hierbei beruft sich die Prüfungsstelle auf die Entsch. der BeschwAbt. v. 5. Juni 1897 (PatMustZeichBl. 1897, 193), in der allerdings auf Grund eingehender Ermittelungen festgestellt worden war, daß in weitesten Kreisen Deutschlands der Verkehr unter „Karlsbader Salz" lediglich ein Heilmittel mit bestimmten Eigenschaften und Wirkungen verstehe, bei dessen Kauf und Verkauf an die Herkunft aus den Karlsbader Quellen nicht mehr gedacht werde.

Demgegenüber hat die Markeninhaberin unter Beweis gestellt, daß sich inzwischen ein grundlegender Wandel der deutschen Verkehrsauffassung vollzogen habe.

Somit war zu untersuchen, ob heute im deutschen Handel und Verkehr, namentlich in den Verbraucherkreisen unter „Karlsbader Salz" wieder das natürliche, aus den Karlsbader Mineralquellen stammende Erzeugnis verstanden wird, oder ob diese Bezeichnung immer noch als ein allgemeiner Gattungsbegriff gilt, der auch die künstlich hergestellten Erzeugnisse ähnlicher Zusammensetzung umfaßt, ob also eine Rückbildung stattgefunden hat oder nicht.

Die angestellten Ermittlungen haben zwar kein ganz einheitliches Bild ergeben, da naturgemäß gewisse Gegensätze zwischen den Belangen der chemischen Industrie und den an Mineralbrunnen und Bädern beteiligten Kreisen bestehen. Immerhin ist es recht bemerkenswert, daß sich nicht etwa nur der Reichsverband deutscher Verkehrsverbände und Bäder, sondern auch die Reichsfachschaft der biologischen Heil- und Nährmittelindustrie dahin ausgesprochen hat, daß unter „Karlsbader Salz" in der neueren Zeit lediglich das natürliche Karlsbader Salz zu verstehen sei. Dafür, daß tatsächlich eine Rückbildung der allgemeinen Gattungsbezeichnung „Karlsbader Salz" in ausreichendem Umfange stattgefunden hat, sprechen aber insbes. noch folgende Umstände:

1. In der deutschen wie auch ausländischen Rspr. ist im Laufe der letzten Jahrzehnte, namentlich nach dem Kriege und besonders in den letzten Jahren immer mehr das Bestreben hervorgetreten, falschen Herkunftsangaben scharf entgegenzutreten und so jeden unlauteren Wettbewerb mit Hilfe von unrichtigen Herkunftsangaben möglichst zu unterbinden.

2. Der Präs. des Werberats der Deutschen Wirtschaft ist

laut seiner dem Senat erteilten Auskunft vom 24. Juli 1935 zu der Überzeugung gekommen, daß bei der Anpreisung des auf künstliche Weise hergestellten Karlsbader Salzes zum Ausdruck gebracht werden muß, daß es sich um ein Kunsterzeugnis handelt. Er hat dies auch dem Reichsverband des Pharmazeutischen Großhandels, dem Reichsverband des Deutschen Drogen- und Chemikaliengroßhandels, der Standesgemeinschaft Deutscher Apotheker und dem Verbande homöopathischer und biochemischer Arzneimittel E. V. mitgeteilt. Infolge dieser Anweisung konnten die Ermittlungen der Prüfungsstelle, die zum Teil schon drei Jahre zurückliegen, nicht mehr als voll brauchbar gelten, sind vielmehr zum Teil entwertet. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß eine solche Stellungnahme und deren Mitteilung an die beteiligten Kreise auf die Verkehrsanschauungen einen wesentlichen Einfluß ausgeübt hat.

3. Gegen die Gattungsnameneigenschaft der bloßen Bezeichnung „Karlbader Salz" spricht auch, daß im amtlichen deutschen Arzneibuch, 6. Ausgabe 1926, ausdrücklich nur „sal Carolinum factitium" = „Künstliches Karlsbader Salz" genannt ist, also lediglich von künstlichem Karlsbader Salz die Rede ist. Überdies bringt auch die weitesten Kreisen als Herstellerin künstlichen Quellsalzes bekannte Firma Dr. Ernst Sandow, Chemische Fabrik in Hamburg, ihr Karlsbader Salz unter der Bezeichnung „Künstliches Karlsbader Salz auf Grund der Analyse der Karlsbader Quelle" auf den Markt.

Die vom Standpunkt der Gesundheitsfürsorge aus erteilte gegenteilig lautende Äußerung des Präs. des Reichsgesundheitsamts vermag demgegenüber zu keiner der Anmelderin ungünstigen Entsch. zu führen, denn sie beruht im wesentlichen auf einer Wertung des vorl. Materials, der sich auch der Senat aus den obigen Gründen nicht anschließen konnte.

In diesem Zusammenhange sei darauf hingewiesen, daß auch andere Länder, z. B. die Tschechoslowakei, Österreich und Ungarn, die Bezeichnung „Karlsbader Salz" für die Markeninhaberin bereits seit einiger Zeit geschützt haben.

Es kann auch nicht etwa eingewandt werden, daß die allgemeinen Belange dadurch geschädigt würden, daß nunmehr die bloße Bezeichnung „Karlsbader Salz" dem allgemeinen Gebrauche zugunsten der Markeninhaberin entzogen wird. Denn selbstverständlich bleibt es der Geschäftswelt in Deutschland nach wie vor unbenommen, Bezeichnungen wie etwa „Künstliches Karlsbader Salz" weiter zu gebrauchen.

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 3. Nov. 1936, I R 82975/16 c Wz B 12.) [Bd.]

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

94. §§ 539 b, 544 RVO. Zur Frage, ob und wieweit kaufmännische Reisende gegen Unfall versichert sind. Unfall eines kaufmännischen Reisenden mit seinem Kraftwagen. Zur Frage der Formalversicherung.

Der am 7. Aug. 1934 bei einem Zusammenstoß seines Kraftwagens mit der Eisenbahn getötete Wilhelm K. war lediglich kaufmännischer Reisender der Firma M., ohne im technischen Betrieb der Firma beschäftigt zu sein. Daran ändert nichts, daß er von Zeit zu Zeit den Betrieb aufsuchte, um sich einen Überblick über die vorhandenen Vorräte zu verschaffen, und daß er auch gelegentlich Materialbeanstandungen an Ort und Stelle nachgeprüft haben mag. Aber auch zu dem kaufmännischen Teile des Betriebes stand K. in keiner versicherungsrechtlich erheblichen Beziehung. Seine Tätigkeit vollzog sich außerhalb des Sitzes des Unternehmens und dessen kaufmännischer Leitung und Verwaltung. Der Versicherungsschutz erstreckt sich aber nur auf diejenigen kaufmännischen Angestellten, die wenigstens zu einem Teil im Büro selbst tätig sind und dort einen Arbeitsplatz haben. Das war bei K. nicht der Fall. Daher kann die Vorschr. des § 539 b RVO. auf ihn keine Anwendung finden. Auch der Umstand, daß K. Führer des Kraftwagens war, mit dem er verunglückte, kann eine Versicherung nicht begründen, denn er war als Eigentümer des Wagens selbst dessen Halter. Dem steht nicht entgegen, daß die Firma die Anschaffungskosten vorgestreckt und Zuschüsse zu den Betriebskosten gegeben hat. Schließlich kann auch nicht eine Formalversicherung des K. aus dem Umstande hergeleitet werden, daß er seit dem Jahre 1933 in verschiedenen Lohnnachweisen seiner Firma aufgeführt worden ist, und daß Beiträge für ihn bezahlt wurden. Insoweit ausnahmsweise ein derartiges formales Versicherungsverhältnis für einen einzelnen Beschäftigten bestehen kann, ist Voraussetzung dafür, daß der Versicherungsträger die tatsächlichen Verhältnisse gekannt hat oder hätte kennen müssen und gleichwohl die Versicherungsbeiträge erhoben oder angenommen hat. Im vorl. Falle fehlte jedoch der Bekl. die Möglichkeit, zu prüfen, ob K. tatsächlich solche Verrichtungen vornahm, welche die Versicherung begründeten. Seine Aufzählung unter den kaufmännischen und Büroangestellten war irreführend, denn sie entsprach nicht seiner wirklichen Beschäftigung und konnte mithin die Bekl. nicht zu Leistungen verpflichten. Hiernach mußte unter Aufhebung des angefochtenen Urteils der ablehnende Bescheid der Bekl. wiederhergestellt werden.

(RVersA., RekEntsch. v. 27. Mai 1936, I a 2222/35.) [Z.]

Preußisches Oberverwaltungsgericht

95. § 48 AngVersG. i. F. der VO. v. 17. Mai 1934 (RGBl. I, 419). An der bisher vom OVG. vertretenen Auffassung, daß § 48 AngVersG. i. F. der VO. v. 17. Mai 1934, § 80 i. F. der Bek. v. 28. Mai 1924 (RGBl. I, 563) durch § 21a FürsPflVO. nicht außer Kraft gesetzt ist, ist festzuhalten. Zum Übergang von Ansprüchen auf Grund AngVersG. auf die Fürsorgeverbände zur Deckung des Fürsorgeaufwandes bedarf es auch nach Inkrafttreten des § 21a FürsPflVO. der Beibringung von Abtretungserklärungen des Anspruchsberechtigten.†)

Der BezFürsVerb. Stadt M. hatte die Buchhalterin Martha D. auf Grund der FürsPflVO. aus öffentlichen Mitteln vom 3. Febr. 1934 ab laufend unterstützt. Erst im Nov. 1934 erhielt er Kenntnis davon, daß der D. von der RVersAnst. für Angestellte ein Ruhegeld von 38,40 RM monatlich durch Bescheid v. 8. Juni 1934 bereits v. 1. Mai 1934 ab und durch Bescheid v. 30. Nov. 1934 nachträglich auch noch v. 1. Febr. 1934 ab bewilligt worden war. Er stellte daraufhin die Gewährung der Unterstützung mit Ablauf des Dezember 1934 ein. Nach § 48 Abs. 1 AngVersG. i. d. F. der VO. v. 17. Mai 1934 (RGBl. I, 419 ff.) i. Verb. m. §§ 1531, 1535 b RVO. hat er das der D. bewilligte Ruhegeld, und zwar den für die Zeit v. 1. Febr. bis 30. April 1934 rückständigen Betrag von 115,20 RM in voller Höhe und von dem Ruhegeld für Dez. 1934 die Hälfte mit 19,20 RM als Ersatz für seine Fürsorgeleistungen, die in diesem Zeitraum 158,54 RM Kosten verursacht hätten, in Anspruch genommen und, da die D. ihr Einverständnis, es abzutreten, versagte, gem. § 48 Abs. 3 a. a. O. entsprechend Klage im Verwaltungsstreitverfahren erhoben. Dadurch, daß die D. ihm die Bewilligung des Ruhegeldes verschwiegen habe, sei sie unberechtigterweise in unverkürztem Bezuge ihrer Unterstützung geblieben und er, der Kl., deshalb geschädigt worden.

Die Bekl. D. hat Abweisung der Klage beantragt. Es sei nicht richtig, daß sie dem Kl. von der Ruhegeldsbewilligung keine Mitteilung gemacht habe; sie habe ihm vielmehr im Nov. 1934 von ihr Kenntnis gegeben, nachdem sie ihr selbst erst im Okt. 1934 bekanntgeworden sei. Durch das Verhalten des Kl. habe sie emp-

findliche Nachteile erlitten. Im Jahre 1932 habe sie ihm ihre Versicherungskarte mit der Bitte übergeben, für sie die noch fehlenden Marken im Wege der Unterstützung zu verwenden; der Kl. habe dies nicht getan, die Karte vielmehr so lange zurückbehalten, daß ihr das Ruhegeld erst 1½ Jahre zu spät bewilligt worden sei und dann nach dem inzwischen herabgesetzten Grundbetrage habe festgesetzt werden müssen. Durch lange Krankheit sei sie überdies gezwungen gewesen, so viel Schulden zu machen, daß sie das auf Antrag des Kl. von der RVersAnst. vorläufig einbehaltene Ruhegeld dringend selbst benötige und in seine Abtretung an den Kl. nicht einwilligen könne.

Das BezVerwGer. hat die Bekl. verurteilt, dem Kl. 44,40 RM von ihrem zurückgehaltenen Ruhegeld zu erstatten. Die mündliche Verhandlung habe ergeben, daß die Bekl. von dem ihr seit dem 1. Mai 1934 zustehenden Ruhegeld erst Ende Okt. 1934 erfahren habe und deshalb von einem unberechtigten Doppelbezug von Unterstützung keine Rede sein könne. Der Anspruch des Kl. sei dem Grunde nach zwar berechtigt, der Bekl. aber im Hinblick auf ihre persönlichen Verhältnisse aus Billigkeitsrücksichten von dem ihr noch zustehenden Ruhegeld von 134,40 RM ein Betrag von 90 RM zur Bezahlung ihrer Schulden zu belassen.

Der Rev. des Kl. gab das OVG. statt.

Die Rev. kann nach § 94 LVG. nur darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entsch. auf Rechtsirrtum beruhe oder das ihr zugrunde liegende Verfahren an wesentlichen Mängeln leide.

Das erste ist hier der Fall.

Zutreffend ist das BezVerwGer. zwar davon ausgegangen, daß es zum Übergang von Ansprüchen auf Grund der RVO. auf die Fürsorgeverbände zur Deckung des Fürsorgeaufwandes der Zustimmung des Anspruchsberechtigten bedarf. Das BezVerwGer. befindet sich hiermit in Übereinstimmung mit der vom OVG. vertretenen Rechtsauffassung, die insbes. in OVG. 83, 365 veröffentlichten Entsch. v. 29. März 1928 eingehend begründet ist, auch vom RVersA. und im Schrifttum geteilt wird, und an der auch gegenüber den vom Kl. herangezogenen Ausführungen (in dem Handbuch des fürsorgerechtlichen Erstattungsrechts von K r a e g e l o h [Otto Berger Verlag 1933] S. 157) festgehalten werden muß. Bei dem Erfordernis der Einwilligung des Versicherten und der Klagerhebung bei verweigerter Einwilligung ist es auch nach dem Inkrafttreten des § 21 a FürsPflVO. verblieben, da die Erstattungsansprüche der Fürsorgeverbände nach wie vor auf den Bestimmungen der §§ 1531 ff. RVO. beruhen und diese als Sondervorschriften den Vorschr. der FürsPflVO. vorgehen (vgl. OVG. 88, 365; B a a t h, VO. über Fürsorgepflicht, 10. Aufl., S. 258; EuM. 31, 560).

Zu Unrecht hat das BezVerwGer. indessen geglaubt, bei seiner Entsch. die persönlichen Verhältnisse der Bekl. berücksichtigen zu können. In dem in § 48 Abs. 3 AngVersG. eröffneten Verwaltungsstreitverfahren handelt es sich ausschließlich darum, die Rechtmäßigkeit des in § 1531 RVO. festgelegten und nach § 1535 b RVO. geltend gemachten Erstattungsanspruchs zu prüfen. Die Rechtmäßigkeit dieses Anspruchs ist aber lediglich von dem Nachweis des geleisteten Fürsorgeaufwandes und der Bewilligung des Ruhegeldes und hinsichtlich seiner Höhe nur von dem nachgewiesenen Betrage der verausgabten Fürsorgekosten abhängig. Für eine Berücksichtigung etwaiger Schadenersatzansprüche oder anderer Gegenforderungen des Unterstützten an den Fürsorgeverband oder seiner wirtschaftlichen Lage ist in d i e s e m Verfahren kein Raum. Gerät der Ruhegehaltsberechtigte nach Abtretung der Ruhegeldes in wirtschaftliche Notlage, so ist es ihm unbenommen, die gebotene Unterstützung bei dem zuständigen Fürsorgeverband zu beantragen und sie erforderlichenfalls in dem in § 20 preuß. Ausführungsanweisung zur FürsPflVO. v. 30. Mai 1932 (GS. 207) i. Verb. m. § 9 AnpassungsG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 479) vorgesehenen Beschwerdeverfahren durchzusetzen. Die Pflicht des Fürsorgeverbandes zur Unterstützung Hilfsbedürftiger bleibt nach § 48 Abs. 1 AngVersG. i. Verb. m. § 1527 RVO. auch gegenüber Ruhegehaltsempfängern aus der Angestelltenversicherung fortbestehen.

Da der Vorderrichter diese Rechtslage verkannt hat, mußte seine Entsch. aufgehoben werden.

Bei freier Beurteilung war die Sache spruchreif.

Über die Höhe der gewährten Unterstützung wie des der Bekl. für den angegebenen Zeitraum bewilligten Ruhegeldes besteht zwischen den Parteien kein Streit. Mit der Gewährung des Ruhegeldes ist der Anspruch des Kl. auf Erstattung seiner Aufwendungen auf Grund des AngVersG. aber entstanden und, da die Aufwendungen das Ruhegeld übersteigen, auch dem angemeldeten Betrage nach berechtigt.

Ob die Bekl. dem Kl. rechtzeitig von der Bewilligung des Ruhegeldes Kenntnis gegeben oder sich längere Zeit in berechtigtem oder unberechtigtem Doppelbezuge von Unterstützung befunden hat, ist für den Klageanspruch belanglos, so daß sich ein Eingehen auf das Vorbringen der Parteien nach dieser Richtung hin erübrigt.

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 17. März 1936, II C 121/35.)

Anmerkung: D i e E n t s ch. v e r d i e n t Z u s t i m m u n g.

Wer über die Vorschr. der Sozialversicherung und der öffentlichen Fürsorge nicht völlig unterrichtet ist, wird zunächst geneigt sein, folgendes zu erwägen:

Die Bekl. hat Wohlfahrtsunterstützung bezogen und ist demnach gem. § 25 FürsPflVO. verpflichtet, dem Fürsorgeverband die aufgewendeten Kosten zu erstatten. Demnach kann der Fürsorgeverband sich irgendwie an das Ruhegeld halten. Da die Unterstützte aber nach § 25 Abs. 2 FürsPflVO. berechtigt ist, den Ersatz zu verweigern, soweit und solange sie kein hinreichendes Vermögen oder Einkommen hat, und da die Bekl. unstreitig Schulden hat, ist ihr ein Teil des rückständigen Ruhegeldes zu belassen.

Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um ein Problem der Rückzahlung bezogener Unterstützung, auch nicht um ein Problem des unberechtigten Doppelbezuges, sondern um das Problem des Übergangs von Ansprüchen des Unterstützten gegen Dritte.

Bekannt ist § 21 a FürsPflVO. i. d. Fass. der 2. NotVO. v. 5. Juni 1931, wonach der Fürsorgeverband, wenn der Hilfsbedürftige für die Zeit der Unterstützung Rechtsansprüche gegen einen Dritten auf Leistungen zur Deckung des Lebensbedarfs, also insbes. Unterhaltsansprüche, hat, durch schriftliche Anzeige an den Dritten bewirken kann, daß diese Rechtsansprüche zum Ersatz auf ihn übergehen.

Vor dem 5. Juni 1931 war der Übergang von diesen Ansprüchen in § 21 Abs. 2 FürsPflVO. geregelt. Nach dieser Bestimmung gingen Ansprüche, die der Unterstützte während der Dauer der Unterstützung gegen Dritte hatte, kraft Gesetzes (cessio legis) auf den unterstützenden Fürsorgeverband über. Heute also ist für diesen Übergang eine schriftliche Anzeige an den Unterhaltsverpflichteten erforderlich.

Es fragt sich, wie die Regelung ist, wenn der Anspruch des Unterstützten ein Anspruch gegen einen Träger der Sozialversicherung ist, also wie hier ein Ruhegeldanspruch gegen die RVersAnst. f. Angestellte. An sich handelt es sich hier um die gleichen Ansprüche wie im § 21 a FürsPflVO. Ohne besondere Regelung müßten diese Ansprüche mit schriftlicher Anzeige des Fürsorgeverbandes an die RVersAnst. auf den Fürsorgeverband übergehen.

Für das Gebiet der Sozialversicherung bestanden jedoch bereits früher und bestehen noch heute besondere Vorschriften.

Für die in der RVO. geregelten Sozialversicherungsgebiete — Krankenversicherung, Unfallversicherung und Invalidenversicherung — gilt insbes. § 1531 RVO., welcher bestimmt, daß der Fürsorgeverband sich an die Ansprüche des von ihm unterstützten Versicherten halten kann. Für die Angestelltenversicherung bestand § 80 AngVersG. i. d. Fass. der Bek. v. 28. Mai 1924 (RGBl. I, 353). Wie die Motive zum AngVersG. ergeben, ist § 80 AngVersG. dem § 1531 RVO. nachgebildet worden (OVG. 83, 365). Durch § 48 AngVersG. i. d. Fass. der VO. v. 17. Mai 1934 ist § 80 AngVersG. außer Kraft gesetzt worden. Die jetzt geltende Bestimmung des § 48 AngVersG. erklärt den § 1531 RVO. unmittelbar für das Gebiet der Angestelltenversicherung für anwendbar.

Allerdings enthält der jetzt also allein interessierende § 1531 RVO. keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß bei der Abtretung der Ansprüche des unterstützten Versicherten dessen Zu-

stimmung erforderlich sei. In einer älteren Entsch. hat das RVersA. (RVersANachr. 1914, 634) aber eingehend nachgewiesen, daß § 1531 RVO. unmittelbar auf § 49 Abs. 2 InvVersG. v. 13. Juli 1899 beruht. Die Motive zur RVO. ergeben dies ganz eindeutig. Dieser § 49 Abs. 2 InvVersG. lautete:

„Wenn von einer Gemeinde oder einem Armenverband an hilfsbedürftige Personen Unterstützungen für einen Zeitraum geleistet werden, für welchen diesen Personen ein Anspruch auf Invaliden- oder Altersrente zustand, oder noch zusteht, so ist ihnen hierfür durch Überweisung von Rentenbeträgen Ersatz zu leisten."

Auf Grund dieser Nachweise ist das RVersA. zu dem Schluß gekommen, daß für die Abtretung die Zustimmung des Versicherten erforderlich sei. Mit eingehender Begründung hat sich das PrOVG. dieser Entsch. in OVG. 83, 365 angeschlossen und seinen Standpunkt in OVG. 88, 365 bestätigt.

Daß nach Inkrafttreten des § 21 a FürsPflVO. um so weniger ein Anlaß bestand, das Erfordernis der Zustimmung des Versicherten fallen zu lassen, zeigt — abgesehen davon, daß § 1531 RVO. eine Sonderbestimmung ist — die Erwägung, daß § 21 a FürsPflVO. die Abtretung gewöhnlicher Unterhaltsansprüche gegenüber § 21 Abs. 2 a. F. erschwert hat, indem früher cessio legis stattfand, während heute eine schriftliche Anzeige an den Dritten erforderlich ist. Schließlich kommt noch hinzu, daß § 48 AngVersG. am 17. Mai 1934, also nach dem § 21 a FürsPflVO. (5. Juni 1931), in Kraft getreten ist und den § 1531 RVO. ohne Änderung für anwendbar erklärt hat.

Die Ansicht, daß für die Abtretung der Ansprüche der Sozialversicherung die Zustimmung des Versicherten erforderlich sei, wird auch in der Literatur gebilligt (Baath, FürsorgepflichtVO., 10. Auflage, S. 258; Dersch, AngVersG., Anm. 5 zu § 80).

Nach allem ist festzustellen, daß der Fürsorgeverband den Übergang von Ansprüchen, die der Unterstützte für die Zeit der Unterstützung gegen einen Dritten hat, durch schriftliche Anzeige an diesen Dritten bewirken kann (§ 21 a FürsPflVO.), daß aber, wenn es sich um Ansprüche gegen einen Träger der Sozialversicherung handelt, die Zustimmung des Versicherten zur Abtretung erforderlich ist (§§ 1531 RVO., § 48 AngVersG. i. Verb. m. § 1531 RVO.).

Wird die Zustimmung verweigert, muß der Fürsorgeverband, wenn es sich um Leistungen der Angestelltenversicherung handelt, im Verwaltungsstreitverfahren auf Zustimmung klagen (§ 48 Abs. 3 AngVersG.), wenn es sich um Leistungen der RVO. handelt (Krankengeld, Verletztenrente, Invalidenrente usw.), die Zustimmung im Beschlußverfahren der RVO. erzwingen (§ 1541 RVO.).

Die Ausführungen ergeben bereits, daß es auf die bedürftige Lage der Bekl. dabei nicht ankommt, weil es sich um Übergang von Ansprüchen, nicht um eine Rückforderung handelt. Übrigens begründen Schulden als solche die Hilfsbedürftigkeit noch nicht (PrOVG. v. 7. Mai 1929: R.- u. PrVerwBl. 50, 592). Hilfsbedürftigkeit tritt möglicherweise dann ein, wenn der Gläubiger zur Pfändung schreitet. Mit Recht sagt das OVG. in obiger Entsch., die Bekl. möge dann erneut Unterstützung beantragen.

Eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen ist im § 1531 ff. RVO. nicht vorgesehen, scheitert auch schon daran, daß die Ansprüche ungleichartig sind (§ 387 BGB.).

RA. Dr. Fritz Schröder, Berlin.

*

96. § 2 KathKirchenStG. v. 14. Juli 1905 (GS. 281). Katholik nach französischem Recht. Internationales Verwaltungsrecht. Ein französischer Staatsangehöriger, der von Frankreich nach Preußen verzogen ist und hier Wohnsitz genommen hat, unterliegt in Preußen nicht der katholischen Kirchensteuer, wenn er nach französischem Recht nicht vorher als Katholik zu gelten hatte. Diese letztere Frage ist rein tatsächlicher Natur.

Der Betriebsführer D. in S. (Rhld.), ein französischer Staatsangehöriger, der im Oktober 1924 aus Paris dorthin verzogen war, wurde von dem Kirchenvorstand der katholischen Kirchengemeinde in M. für 1928 zur Kirchensteuer herangezogen.

Nach vergeblichem Einspruch stellte auf Beschw. des D. der RegPräs. ihn von der Steuer frei. Die hiergegen gerichtete Klage des Kirchenvorstandes führte zur Aufhebung dieser Entsch. durch den BezAussch. Auf Rev. des Bekl. stellte das OVG. die den Bekl. freistellende Entsch. des RegPräs. wieder her.

Nach § 2 KathKirchenStG. v. 14. Juli 1905 sind kirchensteuerpflichtig alle Katholiken, die in dem Bereiche einer preußischen Kirchengemeinde ihren Wohnsitz haben. Daß die Voraussetzung des Wohnsitzes vorhanden ist, steht fest; es handelt sich also nur noch darum, ob auch die weitere Voraussetzung zutrifft, daß der Bekl. i. S. der Vorschr. als „Katholik" anzusehen ist.

Für die Beurteilung dieser Frage ist — wie der BezAussch. bereits richtig ausgeführt hat — die den Bekl. als „katholisch" bezeichnende polizeiliche Anmeldung belanglos. Denn abgesehen davon, daß nicht feststeht, ob der Bekl. die Angabe selber gemacht hat, würde sie für die Konfessionszugehörigkeit keine konstitutive (rechtsetzende) Bedeutung haben. Der BezAussch. ist weiter von dem Gedanken ausgegangen, daß der Bekl. die Zugehörigkeit zu der katholischen Kirche zunächst durch die — nachgewiesenermaßen erfolgte — Taufe erworben habe. Schon hiergegen wendet sich die Rev., indem sie durch die Taufe nur eine Konfessionszugehörigkeit im Glaubenssinne, nicht aber eine solche im Rechtssinne, als begründet ansieht. Diese Frage kann indessen dahingestellt bleiben, da die durch die Taufe etwa begründete Eigenschaft eines Katholiken dem Bekl. jedenfalls verlorengegangen ist. Zwar ist hierfür der am 19. Dez. 1929 nach preußischem Recht formgültig erklärte Austritt des Bekl. ohne Bedeutung; denn es handelt sich im vorl. Falle um die Kirchensteuerpflicht für das — z. Z. des Austritts längst abgelaufene — Rechnungsjahr 1928. Auch sonst ist bis dahin in der Zeit des Aufenthalts des Bekl. in Deutschland kein auf sein Ausscheiden aus der katholischen Kirche deutender Umstand vorhanden. Demgemäß muß für diese Frage auf die vor der Einreise des Bekl. in Deutschland liegende Zeit zurückgegriffen werden.

Sonach handelt es sich zunächst um die Frage, welche Rechtsnormen für die tatsächlichen Verhältnisse vor dem Zuzuge des Bekl. nach Deutschland anzuwenden sind. Der BezAussch. hält dafür, daß das französische Recht anzuwenden ist. Darin ist ihm beizutreten. Die Religionszugehörigkeit wird von dem EGBGB. bei der Regelung des internationalen Privatrechts naturgemäß nicht berücksichtigt. Sie gehört jedoch, ähnlich wie das in diesem Gesetz geregelte privatrechtliche Institut der Geschäftsfähigkeit (Art. 7) zu den nach dem „Personal-Statut" zu beurteilenden Rechtseinrichtungen. Damit ist gesagt, daß die einzelne natürliche Person, um die es sich handelt, ihre Religionszugehörigkeit für sich erwirbt und bei einem Wechsel des Wohnorts und Wohnstaats mit sich trägt (vgl. Rothenbücher, Trennung von Staat und Kirche, S. 453: Die kirchliche Zugehörigkeit als Eigenschaft einer Person). Für den Austritt aus der Kirche greift, soweit es sich um die äußere Form der Vollziehung handelt, der Grundsatz durch: „locus regit actum", d. h. die Form, in der ein Ausscheiden aus der katholischen Gemeinschaft verwirklicht worden sein mußte, richtet sich nach dem Rechte des Staates, in dem tatsächlich Rechtsakte dieser Art vollzogen worden sind. Da solche Akte nach dem oben Gesagten in Frankreich vorgenommen sein müßten, kommt nur das französische Recht in Frage.

Von besonderer Bedeutung ist hierbei, daß es im französischen Recht an einer staatsrechtlichen Norm fehlt, die auf das Verhältnis des einzelnen französischen Staatsbürgers zu den Organisationen der katholischen Kirche anwendbar wäre. Aus dieser Feststellung hat der BezAussch. indessen einen unzutreffenden Schluß gezogen: Er hat bei dem Mangel staatskirchenrechtlicher Bestimmungen geglaubt, nunmehr das kanonische Recht („das Recht der Kirche selbst") einsetzen zu müssen. Dem kann nicht beigetreten werden.

Bei der Beurteilung der Frage ist davon auszugehen, daß

in Frankreich der Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche seit dem französischen Ges. v. 9. Dez. 1905 in vollem Umfange durchgeführt worden ist. Der französische Staat hat den kirchlichen Beteiligten besondere, nur ihnen zugängliche Vereinigungsformen zur Verfügung gestellt. Ob diese „associations culturelles“ noch irgendeine Ähnlichkeit mit den preußischen Kirchengemeinden öffentlichen Rechts haben, hat der BezAusch. mit Recht bezweifelt. Auf diese Art des Aufbaues dieser Kultusvereinigungen kommt es aber auch nicht an. Denn der französische Staat nimmt über die Möglichkeit ihres geregelten Entstehens und Bestehens hinaus keinerlei Interesse an den kirchlichen Belangen. Sein Staatskirchenrecht erkennt daher gegenüber der von ihm getroffenen erschöpfenden Regelung irgendeine andere, nichtstaatliche Regelung nicht an. Diese Erwägung allein führt zu der Folgerung, daß nun nicht etwa — für das Staatskirchenrecht — andere Rechtsnormen zur „Ergänzung“ des (durchaus vollständigen) Staatskirchenrechts eingesetzt werden. Dies gilt zwar nicht von dem allgemeinen Rechte des Staates, das in der Regel zur Ergänzung unentbehrlich ist, wohl aber von nichtstaatlichen Bestimmungen auf dem hier in Frage stehenden Sondergebiete.

Damit ist die Anwendbarkeit des kanonischen Rechts auf das französische Staatskirchenrecht ausgeschlossen. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch daraus, daß im anderen Falle das französische Staatskirchenrecht gegen den Willen des dafür allein entscheidenden Staates durch einen Dritten, den — nichtstaatlichen — Gesetzgeber des kanonischen Rechts, beliebig abgeändert werden könnte.

Bei der besonderen Rechtslage in Frankreich kommt es schließlich auch nicht darauf an, daß im gemeinen deutschen Kirchenrecht auch das kanonische Recht gilt. Für den vorl. Fall war das kanonische Recht nicht anzuwenden. Der BezAusch. hat also insoweit das Recht nicht richtig angewendet.

Nach der geschilderten Rechtslage hat der französische Staat kein Interesse an dem Verbleiben eines französischen Staatsangehörigen in der katholisch-konfessionellen Gemeinschaft. Die Frage, ob jemand dieser angehört, läßt sich also nur nach den tatsächlichen Umständen beantworten (die französische Rechtssprache sagt: question de fait). Solche sind im vorl. Falle vorhanden. (Es folgen tatsächliche Angaben.)

Der Senat hat die Überzeugung gewonnen, daß der Bekl. schon vor der Übersiedlung nach Deutschland nicht mehr als Katholik sich betätigt hat. Die getroffene Feststellung genügt für den Nachweis, daß D. schon vor der Übersiedlung nach Deutschland in Frankreich nicht mehr als Katholik anzusehen war. Damit entfällt die Kirchensteuerpflicht in Preußen; denn D. war, als er in Preußen Wohnsitz nahm, nach dem maßgebenden französischen Recht nicht mehr Katholik.

(PrOVG., 8. Sen., Urt. v. 9. Juni 1936, VIII C 26/34.)

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

97. Die Beteiligten müssen auf die Richtigkeit der von den Behörden gegebenen Rechtsmittelbelehrungen vertrauen können.

Abgesehen von den Fällen, wo die RAbgO. maßgebend ist, hat das SächsOVG. früher den Hinweis auf unrichtige Rechtsmittelbelehrung nur dann beachtet, wenn die Belehrung von der Gemeindebehörde innerhalb eines bestimmten Veranlagungsverfahrens erteilt worden war und ein ortsrechtlich geordnetes Rechtsmittelverfahren betraf. Hingegen hat das Gericht eine unrichtige Belehrung über den landesrechtlich geordneten Rekurs für bedeutungslos erklärt. An dieser Ansicht kann nicht festgehalten werden. Die Beteiligten müssen darauf vertrauen dürfen, daß die Behörden die Rechtsmittelvorschriften kennen und Belehrungen über Rechtsmittel richtig erteilen. Eine unrichtige Belehrung darf den Beteiligten auch keinen Schaden bringen, wenn es sich um ein anderes als ein ortsrechtlich geregeltes Rechtsmittel handelt, und zwar gleichviel, ob die Rechtsmittelbelehrung gesetzlich vorgeschrieben ist oder nicht. Ist also in einer Rechtsmittelbelehrung eine längere Rechtsmittelfrist angegeben, als sie das Gesetz vorsieht, so muß das Rechtsmittel zum mindesten dann zugelassen werden, wenn es vor Ablauf der mitgeteilten unrichtigen Frist eingelegt ist.

(SächsOVG., Entsch. v. 2. Juli 1936, 26 II.)

*

98. Ein Ehemann kann nicht nach § 25a RFürsPflVO. zum Ersatz herangezogen werden, wenn die vom Bezirksfürsorgeverband unterstützte Ehefrau nicht wirklich hilfsbedürftig war und die Unterstützung ohne Wissen des Ehemannes oder gegen seinen dem Bezirksfürsorgeverband kundgegebenen Willen gewährt worden ist.

(SächsOVG., Beschl. v. 2. Juli 1936, 45 II.)

*

99. Die Übernahme eines bestehenden Betriebes durch einen neuen Unternehmer stellt keine Errichtung eines neuen Unternehmens dar. (Zum Verbot der Neuerrichtung von Steinbruchsbetrieben.)

Nach der SperrVO. des Reichswirtschaftsministers vom 22. Juni 1934 ist auf Grund des ZwangskartellG. u. a. verboten, neue Unternehmungen zu errichten, die die Erschließung und Ausbeutung von Gewinnungsstätten für Steinmaterialien bezwecken. Der Eintritt eines neuen Unternehmers stellt eine solche Neuerrichtung nicht dar. Eine gewerbliche Unternehmung besteht beim Wechsel des Unternehmers weiter, wenn Anlagen, Betrieb, Einrichtungen, Personal — und vielleicht auch Firma — auf den neuen Unternehmer übergehen. Die Unternehmung ist ein der Erwerbstätigkeit dienender Organismus von Arbeitskräften und Sachgütern. Sie wird nicht dadurch zu einer neuen, daß ein Teil, und sei es auch ein sehr wichtiger, nämlich der Unternehmer, wechselt. Auch der Ausdruck „Errichten“ kann nur so verstanden werden, daß er sich auf die „Anlage“, also die Sache, im Gegensatz zur Person des Errichtenden, bezieht. Diese Auslegung ergibt sich für die fragliche SperrVO. auch aus dem ZwangskartellG., auf das sich die VO. stützt. In § 1 dieses Gesetzes ist keineswegs davon die Rede, daß bestehende Unternehmungen ausgeschlossen oder lahmgelegt werden können. Im Gegenteil betont die Begründung, daß von der Möglichkeit des Gesetzes nur mit größter Zurückhaltung und nur dann Gebrauch gemacht werden soll, wenn die private Wirtschaft nicht in eigener Entschließung durch Selbsthilfe einen Ausweg aus den vorhandenen Schwierigkeiten findet. Die Zurückhaltung, die aus dieser maßgeblichen Ausführung in der Gesetzesbegründung spricht, findet ihre Grundlage in dem Grundgedanken des Nationalsozialismus, wonach Wirtschaftsfreiheit im Rahmen des Ganzen notwendig ist und der Wettbewerb zwar der Ordnung bedarf, um für das Ganze zu wirken, diese Ordnung aber nicht zu einer Fesselung des Wettbewerbes führen darf. Wenn schon bei der Zwangskartellierung derjenige, der einen bestehenden Betrieb übernimmt, nur (je nach der Einzelregelung) der automatischen Zugehörigkeit zum Kartell oder der Beitragspflicht unterliegt, so kann demgegenüber bei der sog. „kalten Zwangskartellierung“ (§ 5 des Ges.) nicht eine Verbotsbefugnis bestehen.

(SächsOVG., Entsch. v. 3. Juli 1936, 48 I.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Durchschnittsaufl. 3. Vj. 36: 20 150.